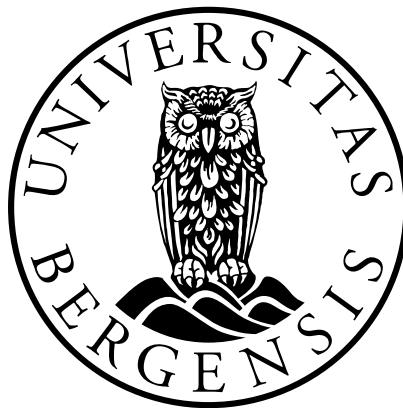


Passivitet som grunnlag for bortfall av eiendomsrett

Etter ulovfestet rett

Kandidatnummer: 37

Antall ord: 14951



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.juni.2016

Innholdsfortegnelse

DEL 1. Innledning	5
1.1 Tema og problemstilling	5
1.2 Bakgrunn og aktualitet	5
1.3 Metodiske spørsmål	7
1.3.1 Oppgavens rettskildebilde	7
1.3.2 Anvendelsen av Rt. 2015 s. 1157	10
1.4 Avgrensninger og forutsetninger	11
1.5 Veien videre – strukturering av oppgaven	11
DEL 2. Rettslig plassering	12
2.1 Ulike bortfallsgrunnlag	12
2.1.1 Relasjonen til tredjemannskonflikter / ekstinktive erverv	13
2.1.2 Relasjonen til hevd og alders tids bruk	13
2.1.3 Relasjonen til negative servitutter	15
2.1.4 Relasjonen til foreldelse	16
2.2 Rettspraksis	17
2.2.1 Rt. 1917 s. 193	17
2.2.2 Rt. 1971 s. 171	17
2.2.3 Rt. 1983 s. 850	18
2.2.4 Rt. 1992 s. 352 Sigdal	19
2.2.5 Rt. 2000 s. 604 Øraker	19
DEL 3. Utenlandsk rett	21
3.1 Utgangspunktet	21
3.2 Svensk rett	22
3.3 Dansk rett	23
DEL 4. Passivitet – variabler i vurderingen	25
4.1 Den rettshistoriske utviklingen av passivitet som rettsinstitusjon	25
4.2 Rettslige grunnlaget for bortfall av eiendomsrett som følge av ulovfestede passivitetsregler	26
4.3 Doktrinen – innholdet i de ulovfestede passivitetsreglene	27
4.4 Momenter fremhevet i teori og praksis	29
4.4.1 Partene sin atferd	30
4.4.1.1 Partene sin atferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape	30
4.4.1.2 Aktivitetsplikt	30
4.4.1.3. De respektives oppfordring til å handle, handleplikten	32
4.4.2 Aktsom god tro hos ervervshaveren	33
4.4.2.1. Generelt	33
4.4.2.2. Klanderverdig atferd, uaktsomhet	34
4.4.2.3 God tro i et skandinavisk perspektiv	36
4.4.3. Preget av en festnet tilstand	37
4.4.4. Tiden som har gått	37
4.4.5. Foretatte investeringer	39
4.4.5.1. Utgangspunktet	39
4.4.5.2. Oppsummering	41
4.4.7. Andre hensyn	42
DEL 5. Rettspolitisk vurdering	43
5.1 De lege ferenda; hvem bør ha best rett?	43
5.2 En konkret vurdering- rettslig standard eller egentlig rettsregel?	47

DEL 6. Litteraturliste.....	49
6.1 Litteratur	49
6.2 Lover.....	50
6.3 Forarbeider.....	51
6.4 Dommer	51
6.5 Nettsider.....	53

DEL 1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Eiendomsretten er uomtvistelig, og denne oppfatningen er en del av vår rettstradisjon. Det er slik at "[E]n tinglig rett bortfaller aldri derved, at den berettigede ikke utøver den."¹ Arnholm uttaler det at "disse rettigheter ikke går tapt ved ikke å brukes, regnes blant de sikreste av alle rettssetninger."² Dette betyr at hvis man innehar eiendomsrett kan man ikke miste den, med mindre man går aktivt inn for det.³ Allikevel er det slik som ved handling, unnlattelse av handling kan få rettsvirkninger. Et eksempel på dette kan være kreditors rett til å ta beslag dersom man ikke gjør opp for seg. Et annet prinsipp, er passivitetsprinsippet. En fysisk eller juridisk persons manglende positive handlinger, som å unnlate å gjøre krav eller innsigelser gjeldende, betegnes ofte som å være passiv. Dette kan føre til opphør av eiendomsrett. Dette passivitetsprinsippet er gjeldende norsk rett.⁴

Hovedregelen er at passivitet ikke kan føre til tap av eiendomsrett. I unntakstilfeller kan allikevel passivitet i seg selv føre til bortfall og hjelme erverv av rettigheter. Dette er et generelt prinsipp i norsk rett som kan føre til at man mister sitt krav eller sin rett på grunn av passivitet. Temaet for oppgaven er ulovfestet passivitet i formueretten, herunder tingsretten, og hvilke momenter som vektlegges ved vurderingen. Formueretten er en del av privatretten. I hvilken grad kan ulovfestet passivitet føre til opphør av eiendomsrett? Foreldelse av fordringer og hevd av eiendomsrett er to velkjente eksempler fra det lovbestemte området. Drøftingen oppstår som regel der tiden som har passert, er langt kortere enn hevds- og foreldelsesfristene.

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Bakgrunnen for analysen er Rt. 2015 s. 1157 som ble avsagt i Høyesterett oktober 2015 om passivitetsutløst bortfall av sameierett i hytte.⁵ Det må stilles spørsmål ved om den utvider

¹ Scheel 1912 s. 381.

² Arnholm 1932 s. 77.

³ Med unntak av ekspropriasjon.

⁴ Falkanger 2013 s. 323-324, Rt. 2015 s. 1157 avsnitt 32, Rådsegn 6 s. 6.

⁵ Når det er flere eiere til et formuesgode, kalles dette et *sameie*.

muligheten til å oppnå eiendomsrett ved passivitet for den aktive parten.⁶ Saken gjaldt en hyttebolig som var i sameie mellom ni ulike parter. Hytta ble bygget i 1939, og hadde blitt mye brukt fram til 1980-1990-tallet, da bruket opphørte. Over en periode på 18 år, fra 1992 til 2010, hadde en av sameierne, Nilsen, for egen regning foretatt en fullstendig rehabilitering av hytta. De andre partene i sameiet hadde ikke vært tilstede på hytta i denne perioden, og Nilsen hadde stått for alle offentlige utgifter og forsikringer. Siden de resterende åtte sameierne hadde vært passive, kom Høyesteretts flertall til at den aktive eieren måtte anses som eneeier på ulovfestet grunnlag.⁷ Dette var begrunnet i erververs aktivitet og investeringer.

Sameiet bestod opprinnelig i fire sameiere, men på grunn av generasjonsskifter var flere av de opprinnelige sameieandelene delt opptil flere ganger. Nilsens sameiedel var på $\frac{1}{4}$ av hytta, men i forbindelse med at en av de øvrige sameierne fikk bygget et annekset på tomten i 1995, fikk Nilsen overført denne sameierens andel til seg, slik at hans sameiedel da var $\frac{1}{2}$. De øvrige åtte sameierne hadde sameieandeler på $\frac{1}{8}$, $\frac{1}{12}$, $\frac{1}{16}$ og $\frac{1}{36}$. I 2012 krevde de øvrige 8 sameierne sameiet oppløst etter sameieloven § 15, hvor hver av sameierne har rett til å kreve sameiet oppløst. Nilsen og sameieren som hadde oppført annekset, anla søksmål med krav om full eiendomsrett for hver sin bygning; hytta og annekset. De øvrige sameierne krevde dom for at sameiebrøkene for tomten også gjaldt hytta, og at annekset måtte rives.

Romsdal tingrett erklærte at annekset fikk bli værende, og at det var eid av sameieren som hadde bygd det.⁸ Denne delen ble ikke påanket videre. Tingretten kom fram til at eierandelene for tomten også gjaldt hytta, noe som førte til at Nilsen anket til lagmannsretten. Frostating lagmannsrett avgjorde at Nilsen var eneeier av hytta, og at de øvrige sameierne hadde tapt sine eierandeler på grunn av passivitet.⁹ Dette førte til at de anket til Høyesterett, som endte opp med å forkaste anken, med en dissens 3-2.

De ankende parter, med Kåre Lange i spissen, anførte i Høyesterett at lagmannsrettens dom var feil, og at de heller ikke hadde frafalt sin eiendomsrett ved konkludent atferd eller

⁶ Når det i analysen er tale om eiendomsrett, er det den faste eiendommen, hytta, som er objektet, og ikke grunnen/tomta.

⁷ *Passivitet* er å forholde seg uvirksom i en bestemt situasjon over tid som fører til rettstap.

⁸ TROMS-2013-196772.

⁹ LF-2014-139795.

passivitet.¹⁰ Ankemotparten, Nilsen, anførte derimot at lagmannsrettens dom var riktig, og at de ankende parter hadde mistet sine sameiedeler i hytta basert på avtalerettslige prinsipper, kombinert med Nilsens investeringer, og de ankende parters passivitet.¹¹ Nilsen påstod at han hadde vært i aktsom god tro om sin eneeiedomsrett til hytta.

Saken er prinsipielt viktig, da den er avklarende for hvilke momenter som er relevante og oppgir noe om selve terskelen for å miste rettigheter ved passivitet. Dommen angir tilsynelatende at det er flere momenter og eventuelt andre momenter enn tidligere som også kan vektlegges ved vurderingen av om det foreligger grunnlag for erverv gjennom passivitet. Som nevnt ble det dissens 3-2, og selv om prejudikatsvirkningen ikke blir den samme av den grunn, er både flertallet og mindretallet enige om at det må foretas en konkret helhetsvurdering.

Eiendomsretten til selve tomten, var ikke en del av tvisten, slik at denne fortsatt er i behold for alle sameieparter. Det fremgår av dommen at hytta okkuperer tomtens beste beliggenhet, og det er usikkert om det kan påregnes tillatelse til ytterligere bebyggelse på tomten for de øvrige sameierne.¹²

Dommen illustrerer at den som eier en eiendom i fellesskap med en annen, og lar denne personen benytte eiendommen som sin egen, må utøve aktivitet for, ikke å miste sin sameierett, selv om bruken er tålt og ikke rettsstridig. Hvis man fortsetter å være passiv, aksepterer man i praksis en utvidelse av en annens bruksrett, og i verste fall, tap av eiendomsrett.

1.3 Metodiske spørsmål

1.3.1 Oppgavens rettskildebilde

Det finnes ingen enhetlig regulering av rettighetstap tilknyttet passivitet. Ulike lover og ulovfestet rett regulerer passivitetsprinsippet på forskjellig vis, hovedsakelig begrunnet i de samme hensynene. Det er i så måte et noe uoversiktlig og oppstykket rettskildebilde vi har framfor oss.

¹⁰ Rt. 2015 s. 1157 avsnitt 18-22.

¹¹ Avsnitt 24-29.

¹² Avsnitt 54.

Det er lovfestet en rekke rettsregler der den passive part etter en viss tid mister sin rett, slik som hevdsreglene og foreldelsesreglene. Det har i rettshistorien vist seg at behovet for ulovfestede passivitetsregler som supplement til de lovfestede passivitetsreglene er tilstede, da det ikke foreligger en altomfattende positivrettslig passivitetsregel. Eksempler på disse er som alders tids bruk og den ulovfestede passivitetsvurderingen. Disse ulovfestede passivitetsreglene er domstolskapt. Det er derfor nødvendig å sammenligne og supplere hensynene og vilkårene bak de lovfestede reglene siden disse vil gi en pekepinn på hva de ulovfestede passivitetsreglene inneholder. Spørsmålet om det foreligger passivitetstap av eiendomsrett må dermed utelukkende bero på ulovfestet rett. Dette betyr at Høyesterettspraksis vil være en sentral rettskilde. Det er få saker om bortfall av eiendomsrett på grunn av passivitet mellom to parter, og derfor vil rettspraksis som omhandler tap av tinglige formuesgoder i tredjemannsrelasjoner være av betydelig interesse, da de samme hensynene og momentene kan gjøres gjeldende. I rettspraksis er det en felles aksept for at de samme momentene kan brukes uavhengig av om det er snakk om tredjemannsforhold eller om det er et krav, innsigelser eller rettigheter mellom to private parter som vurderes tapt på grunn av passivitet.¹³

Av rettspraksis fremgår det at ved spørsmål om opphør av eiendomsrett må det foretas en konkret helhetsvurdering bestående av en del momenter som hører sammen og glir over i hverandre. Det er samtidig viktig og nødvendig å supplere ulovfestet rett med lovfestet, siden det ofte er vanskelig for lovgiver å si noe sammenfattende som skal gjelde på en rekke rettsområder.¹⁴ Derfor er det nødvendig å huske at siden momentene glir over i hverandre, blir det vanskelig å si noe bestemt eller generelt. Det avgjørende vil være hvordan og i hvilken grad de ulike momentene forekommer mellom den aktive og den passive parten. Derfor er fokuset i analysen blitt lagt på det som har blitt uttalt i rettspraksis, kombinert med hva juridisk teori har anført om temaet. Utviklingen av passivitetsprinsippets innhold har skjedd og skjer i et gjensidig samspill mellom rettspraksis og rettslitteraturen. Dermed vil rettspraksis være knyttet til juridisk teori, og omvendt. Det har i teorien blitt angitt en del om den ulovfestede passivitetslæren, og det faller seg naturlig at det som er skrevet om disse momentene i litteraturen vil illustrere og supplere dommen. Siden vurderingene er så

¹³ Skag 2011 s. 525-526.

¹⁴ Nygaard 1999 s. 224-225.

skjønnsmessige, vil reelle hensyn av den grunn, bli tillagt betydelig plass i oppgaven. Sedvaner må også nevnes, da ofte begrunnelsen til passivitet, er lange tradisjoner.¹⁵

I rettspraksis har Høyesterett lenge praktisert begrepet ”sterke grunner.”¹⁶ Vurderingen har sin bakgrunn i ulovfestet ekstinksjon. Tap av tinglige rettigheter kan skje, hvis det foreligger sterke grunner som taler for at personen skal miste retten til formuesgodet. Dette skjer enten i en tredjemannskonflikt eller i relasjonen mellom to parter.

I eldre rettsteori har det blitt anført at passivitetsprinsippet er et selvstendig rettsinstitutt.¹⁷ Knoph har omtalt dette begrepet som ”passivitetsstandarden,”¹⁸ og at denne fungerer som en rettslig standard. En rettslig standard er en målestokk som viser til en vurderingsnorm utenfor seg selv som avgjørende kriterium, og da som oftest som en vurdering av sosial, forretningsmessig eller moralsk karakter.¹⁹ Poenget med standarden er at den åpner opp for muligheten om at en og samme lovbestemmelse kan tillegges ulikt innhold på ulik tid, avhengig av samfunnets alminnelige oppfatning på det tidspunktet.²⁰ Dermed forutsettes det at den er en rettslig standard. Passivitetsprinsippet er godt etablert i juridisk teori, og denne passivitetsstandard må anvendes som en del av analysen.

For å belyse den norske rettstilstanden, er det nødvendig å se hen til utenlandsk litteratur, som svensk og dansk rett, siden det nordiske rettskulturelle fellesskapet står særlig sterkt på formuerettens område.²¹ Skandinavisk rett er verdifull for norsk ulovfestet rett fordi dette kan gi økt forståelse for hvorfor rettstilstanden er slik som den er, og forståelse for momentene som vurderes i analysen.

¹⁵ Nygaard 1999 s. 257-260.

¹⁶ I Rt. 2015 s. 1157, sitert fra Rt. 2009 s. 203 avsnitt 40.

¹⁷ Knoph 1939 s. 248-249.

¹⁸ Knoph 1939 s. 240 flg.

¹⁹ Dette er bestemmelser som inneholder moralske vurderinger om det er ”urimeleg eller uturvande”, jf. granneloven § 2 første ledd og servituttoloven § 2 første ledd, eller om noe er ”i strid med god forretningsskikk”, jf. avtaleloven § 36 første ledd.

²⁰ Boe 2010 s. 277-278.

²¹ Lilleholt 2012 s. 41-42.

1.3.2 Anvendelsen av Rt. 2015 s. 1157

Det vil ikke bli gitt en fullstendig domsanalyse av Rt. 2015 s.1157.²² Det betyr at ikke alle vurderingene som Høyesterett gjør, vil bli analysert.²³ Allikevel vil store deler av dommen vurderes, siden essensen i dommen er de ulike momentene ved ”sterke grunner”-vurderingen.²⁴ Selv om dommen skildrer et sameie, vil det i oppgaven bli klargjort for hva som generelt vil være avgjørende ved tap/ervert av eiendomsrett ved ulovfestet passivitet, og da det vil ikke bli fokusert på hvilken betydning det vil ha at det er en sameieandel som opphører.²⁵ Dommen vil bli anvendt som analyseobjekt, samtidig som den fremstilles som rettskilde i slutten av oppgaven, der det vil bli redegjort for hvilken vekt dommen rettskildemessig vil få. Dommen vil i det videre bli omtalt som Fårøya-dommen. Både dommen fra lagmannsretten og tingretten vil ha relevans i analysen, og det vil derfor være nødvendig å anvende disse som vurderingsgrunnlag i fremstillingen.

Dommen har dissens 3-2, noe som taler for at man er i et grensetilfelle. Både flertall og mindretall er enige om at det må foretas en konkret helhetsvurdering. Dermed vil ikke prejudikatsverdien av domsslutningen, være så sterk. Imidlertid vil prejudikat på de ulike momentene sin relevans, være stor, og disse er på mange måter viktigere enn selve konklusjonen. En konklusjon vil ofte ha liten overføringsverdi til senere saker. Videre er det grunnleggende og etablerte hensyn som vurderes i drøftelsen, og hva dommerne legger vekt på vil i stor grad ha betydning for passivitetsvurderingen generelt.

Når det i oppgaven nevnes *flertallet*, siktes det til dommer Bårdsen, Stabel og Schei, mens med *mindretallet* er det dommer Falch og Kallerud som det henvises til fra Rt.2015 s. 1157. *Opprinnelig eier* er den som opprinnelig var berettiget til noe. Det vil i analysen bli vekslet mellom begrepene *rette eier* og opprinnelig eier. I denne saken er dette de øvrige åtte sameierne, med Kåre Lange i spissen. *Ervervshaver* er den part som erverver rettigheter fordi passivitet fra den berettigedes side fører til dette. I denne saken er det Nilsen.

²² I det følgende vil avsnitt fra Rt. 2015 s. 1157 siteres slik ”avsnitt 1”.

²³ Avsnitt 56. Mindretallet drøfter om Nilsen eventuelt har krav på økt sameieandel, da hovedsakelig basert på analogi til de regler om økning av sameieandeler som gjelder ved ekteskaps-og samboerforhold. Mindretallet uttaler at Nilsen ikke er i livsfelleskap med noen av de andre partene, og hensynene som begrunner dette er helt andre enn i det type sameiet som foreligger.

²⁴ Rt. 2009 s. 204 avsnitt 40.

²⁵ Se 5.1.

1.4 Avgrensninger og forutsetninger

Ulovfestede passivitetsregler kan i prinsippet føre til at alle former for rettigheter kan falle bort, slik som krav og retter til bestemte formuesgoder. Oppgaven vil ikke fremstille bruksretter til ting, hovedfokuset ligger på problemstillingen om tap eller erverv av eiendomsrett. Den vil heller ikke ta for seg ulovfestet ekstinksjon og tredjepartskonflikter, det er rettsforholdet mellom to private parter som vurderes. Oppgaven vil ta utgangspunkt i formueretten, men momentene som vurderes vil ha relevans i andre deler av privatretten som ved for eksempel ved reklamasjonsinnsigelser i kjøpsretten, og kan generelt ha betydning for ulovfestet passivitet på andre rettsområder som familie- og arverett, obligasjonsrett, pengekravsrett, arbeidsrett etc.²⁶ Man kan tape retten til å gjøre gjeldende et misligholdskrav eller en ugyldighetsinnsigelse, eller retten til å protestere på urettmessige handlinger, og i alle tilfeller da basert på samme passivitetsprinsipp.

Oppgaven fremstiller det passivitetsutløste rettstapet, både fra den passive parts side, som opprinnelig var berettiget til noe, og som da føre til bortfall av forpliktelser, men også fra den aktive part, som vil erverve rettigheter. Fremstillingen er ikke ment å være uttømmende og oppgaven fremstiller ikke tilsvarende skandinavisk rett. En del av begrunnelsen bak svensk og dansk rett, som for eksempel ved hevdsreglene, er den samme som i norsk rett, og derfor kan reglene anvendes for å illustrere de ulike momentenes generelle relevans og vekt. Oppgaven inneholder illustrasjoner som er passende for en slik problemstilling.

1.5 Veien videre – strukturering av oppgaven

Oppgaven består av fire hoveddeler, hvor del to består av en rettslig plassering av temaet ulovfestet passivitet. I del tre vil det redegjøres for skandinavisk rett omkring problemstillingen, med eksempler fra det lovfestede området. I del fire, oppgavens hoveddel, vil ulovfestet passivitet som rettsgrunnlag kartlegges samt hva som ligger i de ulike ulovfestede passivitetsprinsippene. I del fem vil det bli foretatt en rettspolitisk vurdering av hvorvidt momentene i Fårøya-dommen er i tråd med tidligere rettspraksis, og om det er slik gjeldende rett faktisk bør være, og om dommen eventuelt har endret rettskildebildet.

²⁶ Arnholm 1975 s. 58-59, Jensen 2007 s. 33-40, Asland 2009 s. 73-74, Skag 2011 s. 526-527.

DEL 2. Rettslig plassering

2.1 Ulike bortfallsgrunnlag

Formueretten er læren om privatrettslige rettsforhold der økonomiske verdier og hensyn står sentralt.²⁷ Passivitetsutløst rettstap kan plasseres både i obligasjonsretten og i tingretten, som er deler av formueretten. Hovedregelen er at en erverver ikke får større eller bedre rett enn den som han avleder rett fra. Unntakene er hevd, alders tids bruk, passivitet, godtroerverv og kreditorekstinksjon. Unntakene kan deles opp basert på tidspunktet når det ekstinktive ervervet skjer, da enten øyeblikkelig; som ved avtaler eller kreditorforfølgelse eller etter en viss tid; som hevd, alders tids bruk, læren om festnede forhold og passivitet. Fellesnevneren er at hver av de ulike lovreglene krever god tro, og at alle innebærer en passiv part.

Hensynet til klarhet i reglene er et bærende hensyn bak lovfestede rettstapsregler.²⁸ Endringer i eierskap til fast eiendom er gjennomgående viktige disposisjoner for partene. I det praktiske rettslivet skjer dette normalt ved frivillighet som formaliseres i avtaler og ved tinglysning, da ofte med profesjonell bistand. Det betyr at hvis man mener å ha ervervet en slik rett, må en sørge for at overdragelsen klargjøres og formaliseres. Hvis han unnlater det, taper rette eier som den klare hovedregel sin rett.

Tap av eiendomsrett på grunn av ulovfestet passivitet kan derfor skje ved at en sameiers ideelle del i formuesgodet går over til en i sameiet. Det var akkurat dette flertallet i Rt. 2015 s. 1157 kom fram til, på ulovfestet grunnlag. For å belyse vurderingen flertallet foretok, er det nødvendig å kartlegge de lovfestede reglene på rettsområdet. Flere av momentene som flertallet nevner, som god tro, partenes oppfordring til å reagere, tidsmomentet, investeringshensyn og rimelighetsbetraktninger, har paralleller med lovfestede bestemmelser.²⁹

Et eksempel på passivitetsvirkninger kan bestå av at blokka ikke må rives, mot at man må betale erstatning til den passive parten. Det fører til at den faktiske rettstilstanden opprettholdes, og eiendomsretten overføres.

²⁷ Hagstrøm 2011 s. 25.

²⁸ Asland 2009 s. 73.

²⁹ Avsnitt 32. Se pkt. 4.4.

2.1.1 Relasjonen til tredjemannskonflikter / ekstinktive erverv

Ekstinksjon er å utsette den rette eiers rett på grunn av at tingen har kommet til en annen gjennom et formelt lovlig rettserverv fra en legitimert person. Siden tvisten ikke skjer mellom to parter i et avtaleforhold, men mellom selgers rettsforgjenger og erverver, kalles det for tredjemannskonflikt. Ved godtroekstinksjon av fast eiendom skjer dette enten ved en hjemmelmannskonflikt eller en dobbeltsuksjon.³⁰ Loven forutsetter at den ekstingverende part er i god tro, og det er derfor det også kalles godtroerverv. Den andre typen ekstinksjon skjer ved lovfestet kreditorforfølgelse.³¹ For problemstillingen i analysen er momentene ved ulovfestet ekstinksjon relevante. Disse momentene innebærer vurderingen av om det foreligger god tro, legitimasjon, og om rette eier kan bebreides. Momentene er likeartete med grunnene til passivitetsutløst rettighetstap.

Denne oppgaven omfatter relasjonen mellom to parter, og hvordan passivitet kan føre til opphør av eiendomsrett mellom dem. Det fins mye rettspraksis om tredjemannsforhold, blant annet Sigdal-dommen.³² I punkt 2.2.4 vil det bli redegjort for Sigdal-dommen, mens i del 4 vil det bli kartlagt hvilken betydning denne dommen har for Fårøya-dommen.

2.1.2 Relasjonen til hevd og alders tids bruk

Hevd er lovregler som gjør at man ved langvarig bruk i god tro kan bli eier av fast eiendom eller løsøre, selv om man i utgangspunktet ikke hadde eiendomsrett. Den som allerede har eiendomsrett, kan ikke hevde eiendomsrett. Forskjellen mellom passivitet og hevd er at det er satt opp konkrete vilkår som må oppfylles for at det kan foreligge hevd. Dette er lovfestet i formell lov.³³

Drøftelsen består av en lovfestet passivitetsvurdering, slik at parallellen til analysen i den aktuelle problemstillingen er nødvendig å trekke. Reglene bygger på de samme hensynene som i formueretten. Først i tid, best i rett, og ingen kan overføre større rett enn man selv har, er bærende hensyn bak okkupasjonsrettene, og dermed et bærende hensyn bak hevd.

³⁰ Tinglysningsloven §§ 20, jf. 21 og 27.

³¹ Dekningsloven § 2-2.

³² Se pkt. 2.3.

³³ Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd, hevdsloven.

Hevdsreglene er en form for lovfestede passivitetsregler. Slik hevdsreglene er i norsk rett i dag, er et resultat av romersk, kanonisk og dansk rett.³⁴ For å erverve eiendomsrett gjennom hevd, er det tre vilkår som må være oppfylt.³⁵ Ervervsinnehaveren må ha hatt tingen som sin egen i 20 år og være i aktsom god tro om at man er berettiget til eiendommen.³⁶ Hevder erverver eiendomsrett idet 20 år er passert uten innsigelser. Hevd er langvarig bruksutøvelse i god tro. Ved fullført hevd får hevdshaver en tilsvarende rett som opprinnelig eier hadde. Slikt erverv har rettsvern uten tinglysing, såkalt rettsvernhevd.³⁷

Frihevd er en særlig hevdsform som innebærer at en brukshevd faller bort ved ikke-bruk i hevdstid, forutsatt at rette eier har vært uvitende om retten.³⁸ Frihevd gjelder ikke for eiendomshevd. Allikevel kan frihevd brukes som illustrasjon ved vurderingen. Frihevd bygger på de samme hensynene som ved den ulovfestede passivitetsvurderingen.³⁹ Når en bruksrett ligger ubrukt så lenge som i 20 år, så må den være ”heller uviktig” for rettighetshaveren.⁴⁰

Alders tids bruk er komplementære regler til hevdsreglene, og i teorien har det vært omtvistet om de fungerer som et selvstendig ervervsgrunnlag eller bare som bevismiddel.⁴¹ Vilkårene for alders tids bruk praktiseres på samme måte som ved hevd, forskjellen er at disse er mer fleksible enn hevdsreglene. Som for hevd er det bare de positive servitutter som kan erverves.⁴² Slik som det er for passivitetsreglene, er vilkårene for alders tids bruk, ulovfestede. Eiendommen må ha blitt brukt på en slik måte at den rette eier har hatt mulighet til å gripe inn, men det kreves ikke i like stort omfang som ved hevd. Bruksintensitet, kontinuitet og eksklusivitet er avgjørende. Videre må bruken ha vært utøvd i lang tid, enda lengre enn hevdstiden, og erververen må ha vært i god tro gjennom hele hevdstiden, som ved hevd.⁴³

³⁴ Berg 2005 s. 26, Rådsegn 6 s. 29.

³⁵ Falkanger 2011 s. 109.

³⁶ Hevdsloven §§ 1, 2 og 4.

³⁷ Tinglysningsloven § 21 annet ledd.

³⁸ Hevdsloven § 10.

³⁹ Eriksen 2010 s. 204, også hevdsloven §§ 10, 10a og 10b.

⁴⁰ Rådsegn 6 s. 27.

⁴¹ Eriksen 2010 s. 54.

⁴² Eriksen 2010 s. 70-72.

⁴³ Den nedre grense for hevdstid er 50 år, jf. Rådsegn 6 s. 16, jf. Eriksen 2008 s.190, som er begrunnet i hensynet til harmoni med hevdsloven § 8. Rundt 100 år anvendes som et

Det forutsettes at en annen person enn den som er opprinnelig eier rår over tingen i strid med opprinnelig eiers rett. Samtidig må det kreves at erververens bruk har gitt ytre utslag slik at den rette eieren har hatt mulighet til å reagere ved passivitet, slik som kreves både ved hevd og alders tids bruk. Den vanlige oppfatningen om hevdsreglene har nok vært at disse setter grensen der det gjelder ren passivitet. Det har i rettsteorien vært diskutert om passivitet i det hele tatt kan supplere reglene om hevd og alders tids bruk.⁴⁴ Allikevel er det dette som skjer i praksis, da hevdsinstituttet alene ikke er nok. Rettspraksis har vist at det er nødvendig å supplere med både alders tids bruk og passivitet.⁴⁵ Forarbeidene til hevdsloven forutsetter også at det er mulig å erverve ut fra passivitetshensyn selv om vilkårene for hevd eller alders tids bruk ikke er oppfylte.⁴⁶

2.1.3 Relasjonen til negative servitutter

En servitutt er en særrett over fremmed eiendom til ”einskilde slag bruk eller anna utnyttingsrådvelde,” som er positive servitutter, eller til ”å forby einskilde slag verksemd, bruk eller tilstand,” som kalles negative servitutter.⁴⁷ Servitutter er bruksrettigheter, og kan dermed også omfattes av passivitetsreglene. Selv om oppgaven ikke skildrer bruksrett, er det allikevel nødvendig å si noe om servitutter.

Positive servitutter er retten til faktisk rådighet over fremmed eiendom. Det er klart at positive servitutter kan erverves etter en passivitetsvurdering.⁴⁸ Det må da foreligge noe klanderverdig.⁴⁹

Deretter oppstår spørsmålet om negative servitutter kan erverves etter en passivitetsvurdering. Negative servitutter er retten til å forby eier å disponere over bestemte ressurser på egen eiendom. De hviler ofte som heftelser på eiendommer i lang tid. Dette kan

utgangspunkt, og det må foreligge et ”meget langt tidsrom”, som i Rt. 1983 s. 569 på s. 578-579 og Rt. 2001 s.1229 på s. 1241.

⁴⁴ LE-1989-00160, også Berg og Harborg 2003 s.

⁴⁵ Rt. 1983 s. 569, Rt. 2000 s. 604, Rt. 2001 s. 769, Rt. 2001 s. 1229.

⁴⁶ Rådsegn 6 s. 6.

⁴⁷ Servituttloven § 1 første ledd, første punktum.

⁴⁸ Eidsivating lagmannsrett i RG 2006 s. 1442 ”en generell regel om bortfall når retten i lang tid ikke har vært utøvd fordi de har utspilt sin rolle, og det ikke er noen realistisk mulighet for at bruken vil ble reetablert.” Stavang 2011 s. 62, også s. 67.

⁴⁹ Falkanger 2011 s. 293, Rt. 1956 s. 271.

være byggeforbud, som for eks. en villaklausul, som kun tillater at det bygges villaer i et avgrenset område, jf. Naturbetong-dommen.⁵⁰ Som hovedregel kan ikke disse falle bort ved hevd eller alders tids bruk. Grunnen til dette er fordi det ikke foreligger noen faktisk eller aktiv rådighet slik at servitutten er synlig.⁵¹

Når det gjelder passivitetsprinsippet, må løsningen bli tilnærmet den samme som for negative servitutter.⁵² Hensynet bak negative servitutter er at de skal opprettholde en etablert tilstand. Bortfall ved passivitet vil da være selvmotsigende, da ikke-bruk er det som opprettholder den negative servitutten. Selv om en negativ servittut er en bruksrett, vil det ha betydning for vår problemstilling, da relasjonen belyser flere sider av passivitetsvurderingen.

2.1.4 Relasjonen til foreldelse

I formueretten betyr foreldelse når et krav blir så gammelt at det ikke lengre kan gjøres gjeldende. Tinglige rettigheter faller dermed ikke bort ved foreldelse.⁵³ Den rette eiers kunnskap eller uaktsomhet har ingen betydning i utgangspunktet etter foreldelsesreglene. Foreldelsesreglene er objektive passivitetsregler som kan lede til bortfall av en rettighet hvis fristen går ut. For gjeldsbrev og andre fordringer er foreldelsesfristen på 3 år.⁵⁴ Denne gjelder ikke ved hevd, og ei heller ved eiendomsrett. Forskjellen er at eiendomsrett er rettigheter som skal vedvare over lang tid, mens fordringer vil naturlig nok opphøre mye raskere.

Allikevel kan tidsfristen illustrere viktige poeng, da man må rette utenforstående krav mot vedkommende innen denne fristen. På den måten vil passivitet føre til tap av vederlag, og baserer seg på mange av de samme hensynene som passivitet. Tidligere var det ikke noe klart skille mellom foreldelse og hevd. I dag er det klart at tinglige rettigheter ikke faller bort ved foreldelse.⁵⁵

⁵⁰ Rt. 2008 s. 362. Boligblokker var reist i strid med en negativ servittut om villamessig bebyggelse, imidlertid var blokkene oppført i samsvar med reguleringsplanen for strøket som tillot dette. Se også Rt. 1995 s. 904.

⁵¹ Stavang 2011 s. 62. Imidlertid fins det særregler, som arveloven § 75.

⁵² Stavang 2011 s. 65.

⁵³ Arnholm 1932 s. 76-77, Scheel 1912 s. 381.

⁵⁴ Foreldelsesloven § 2.

⁵⁵ Berg 2005 s.77. Se også Arnholm 1932 s. 76-77, Brækhus og Hærem 1964 s. 570 og Falkanger 2013 s. 280-281.

2.2 Rettspraksis

Førstvoterende i Fårøya-dommen uttalte at eiendomsrett kan skje på grunn av bortfall på ulovfestet grunnlag. Her ble det vist til forarbeidene til hevdsløven, Rt. 1917 s. 193, Rt. 1971 s. 171, Rt. 1983 s. 850, Rt. 1992 s. 352 og Rt. 2000 s. 604.⁵⁶ Samlet danner disse grunnlaget for ”rettsregelen” som anvendes i dommen, og dermed er det nødvendig å si noe om dem.⁵⁷ Først blir det redegjort for sakens faktum, og deretter vil domspremissene bli presentert. Dommene gjelder ulovfestet ekstinksjon, men flertallet uttaler at rettspraksis knyttet til ekstinksjonstilfelle har betydning for vurderingen, med de tilpasninger som må til.⁵⁸

2.2.1 Rt. 1917 s. 193

Saksforholdet var slik at A hadde kjøpt en eiendom på tvangsaksjon. Etter rundt 6 år krevde B eiendommen overskjøtet til seg, og anførte at A hadde opptrådt som hans fullmektig under auksjonen.

Høyesterett frifant A og viste til at B har latt det gå så lang tid som 6 år, mens A hadde innrettet seg som den rette eier i flere år. Han hadde blant annet foretatt store bekostninger av eiendommen i form av oppføring av bygninger. Dommerne mente at siden hadde vært synbare for B, måtte det forutsettes at B var vel vitende om investeringene. Kreditor hadde da en særlig oppfordring til å gjøre kravet gjeldende, siden A hadde vist med betydelig innrettelse at han var eier. Hans passivitet ble sett på som en stilltiende frafallelse. Saken er illustrerende for våres sak, siden det også her har blitt gjort store investeringer under en lang årrekke.

2.2.2 Rt. 1971 s. 171

Ei hytte ble solgt med fiskerett i et vann, Store Akrevann, selv om selgeren ikke kunne gi dette, da vannet tilhørte bygdeallmenningen. A bygget sin rett på et skjøte fra 1901 hvor fiskeretten var uttrykkelig nevnt. Styret i bygdeallmenningen var kjent med at selgeren hadde fisket i vannet.

⁵⁶ Rådsegn 6 s. 6.

⁵⁷ Avsnitt 33, sitert i punkt 4.4.

⁵⁸ Avsnitt 32.

Avgjørende her var at fisket hadde pågått jevnlig fra båt med garn og stang i god tro fra 1901 til 1964 uten påtale fra bygdeallmenningens styre. Styret hadde stilltiende godtatt fiskeretten som lå til eiendommen. Et slikt forhold som hadde festnet seg, burde ikke rives opp, og dermed hadde A ervervet en rett til å fiske i Store Akrevann. Saken er illustrerende da tiden som har gått og det faktum at styret har vært i ond tro, har betydning i analysen av Fårøya-dommen.

2.2.3 Rt. 1983 s. 850

En loddeier i et dødsbo var blitt boende på et gårdsbruk som var overbeheftet. Loddeieren hadde selv reddet gårdsbruket fra en tvangsauksjon, og hadde betalt ned all pantegjeld på gården. Først 39 år etter dødsfallet, gjorde de øvrige loddeierens etterkommere gjeldende at de var sameiere i gårdsbruket, til tross for at de hadde blitt oppfordret til å hjelpe til for å berge gårdsbruket fra tvangsauksjonen, som ingen gjorde.

Under dissens 4-1 kom flertallet fram til at loddeierens overtakelse av den faktiske rådighet over eiendommen og ordningen av gjelden, kombinert med medarvingenes langvarige passivitet, førte til at deres arvekrav var gått tapt.

Saken er illustrerende for analysen siden de øvrige loddeierne gjorde gjeldende sameiet idet gjelden var nedbetalt. Idet hytta i Fårøya-dommen først var fullstendig endret og rehabilitert ble sameiet brakt fram i lyset, og det ble opprettet søksmål. De opprinnelige eierne lot det gå lang tid før de reagerte.

Et annet moment er hvordan de øvrige loddeierne ikke bidro til å berge gårdsbruket idet tvangsauksjonen skjedde. Det samme skjedde i Rt. 2015 s. 1157, da flertallet la til grunn at det var nærliggende for Nilsen å dra den slutningen ut ifra de andres holdning og atferd at det var opp til han å berge hytta, siden de, ifølge flertallet, hadde gitt opp hytta.⁵⁹

⁵⁹ Avsnitt 35.

2.2.4 Rt. 1992 s. 352 Sigdal

A hadde solgt en rekke hyttetomter som lå utenfor hans eiendomsgrense, og innenfor Hs eiendomsgrense. Problemstillingen var om kjøperne hadde ervervet eiendomsrett til de etter hvert bebygde hyttetomtene på grunnlag av ulovfestet passivitet.

Mindretallet mente at det måtte oppstilles krav om at grunneier var å bebreide, slik at den interesseavveiningen som lovgiver hadde foretatt ved utformingen ved hevdsloven, kunne fravikes.⁶⁰ Hvis grunneier ikke var å bebreide etter mindretallets oppfatning, ville hans eiendomsrett være i behold.

Flertallet mente imidlertid at det ikke var grunnlag for å oppstille et minstekrav om at grunneier kunne bebreides. Flertallet begrunnet resultatet basert på en interesseavveining mellom hytteeierne og grunneieren.⁶¹ Selv om grunneieren ikke var å bebreide, tapte han sin eiendomsrett til grunnen, siden hytteeiernes interesser var mer beskyttelsesverdige. Et annet relevant moment var at selv om grunneieren ikke var å bebreide, kunne han lett ha skaffet seg informasjon om hvordan det faktisk lå an, da han hadde de nødvendige dokumentene tilgjengelig. Allikevel uttaler flertallet at grunneier ”måtte ... ha en særlig oppfordring” til å sette seg inn i relevante dokumenter av eiendommens grense.⁶²

Sigdal-dommen er et eksempel på at det ikke bør oppstilles noe minstevilkår om at den passive parten er å bebreide.⁶³ Dommen er parallell med Fårøya-dommen siden Nilsen hadde innrettet seg etter at hytta var under hans eiendomsrett. Hvis ervervshavers innrettelse er vesentlig, kan det føre til at opprinnelig eiers interesser må vike, selv om ervervshaver ikke kan bebreides.

2.2.5 Rt. 2000 s. 604 Øraker

A eide en villatomt i Oslo. Grensegjerdet til A hadde vært plassert et stykke inn på naboeiendommen siden starten av 1930-tallet. Tvisten var om A eller dens rettsforgjenger, hadde ervervet eiendomsrett, ved hevd eller ekstinktivt erverv. A hadde eid villaeiendommen

⁶⁰ Berg 2005 s. 65.

⁶¹ Rt. 1992 s. 352 på s. 356-357.

⁶² Rt. 1992 s. 352 s. 356.

⁶³ Skag 2011 s. 536, Rt. 1928 s. 317.

i 18 år ved søksmålet, og As rettsforgjenger måtte medtas for at vilkåret om 20 års hevdstid skulle være oppfylt. Både A og rettforgjengeren hadde vært i god tro på ervervstidspunktene, men rettforgjengeren hadde i 1949 deltatt på en delingsforretning til en tilleggsparsell. Høyesterett kom fram til at forgjengeren ble eller burde da ha blitt kjent med de riktige grenseforhold på dette tidspunktet.

I denne saken var det ikke skjedd investeringer slik som i Rt. 1992 s. 352, så heller ikke ekstinktivt erverv på ulovfestet grunnlag kunne føre fram. Dommen er illustrerende i den grad hvor mye god tro-kravet ble vektlagt ved passivitet, og den viser hvor stor betydning investeringer får.

DEL 3. Utenlandsk rett

3.1 Utgangspunktet

Saksforholdet i Rt. 2015 s. 1157 tar for seg viktige verdier i det norske rettssystemet.

Eiendomsretten og retten til fast eiendom er en av grunnpilarene i norsk rett. Slik er det også i tilsvarende rettssystemer, som det svenske og danske rettssystemet. Begrunnelsene og hensynene bak bestemmelsene er ikke bare norske, men allmenne, skandinaviske hensyn.

Obligasjonsretten i de skandinaviske landene er i stor grad tilnærmet lik, og passivitetslæren som foreligger på tvers av landene byr på de samme hensynene.⁶⁴

Det er dermed naturlig at idet man skal klarlegge og drøfte rettsreglene i Norge, må man se hen til utenlandsk rett for å se vårt eget rettssystem i en større sammenheng. For norsk rett gjelder særlig svensk og dansk rett når man ønsker å sammenligne nasjonal rett med utenlandsk rett. Skandinaviske land er tilnærmet like med hensyn til både samfunn og kultur, særlig på grunn av felles union, og da naturlig nok også rettshistorisk. Ulikheter i de skandinaviske landene vil i stor grad være interessante siden løsninger som fungerer i Sverige, kan også fungere i Norge.

Videre er det slik at en rekke av de lovene som foreligger på formuerettens område, er blitt til gjennom nordisk samarbeid.⁶⁵ Dette betyr at retten i de øvrige nordiske land kan tillegges betydning som rettskilde i norsk rett.⁶⁶ Det vil derfor være naturlig å vise til svensk og dansk rett og litteratur der dette vil bidra til vurderingen av passivitetsutløste rettstap. I nordisk rettsvitenskap har det i lang tid vært diskutert om det finnes et alminnelig rettsprinsipp om formuesrettigheter kan falle bort ved passivitet.⁶⁷ Hensikten med å belyse skandinavisk rett er dermed først og fremst for å gi eksempler og innblikk i privatrettslige regler om passivitetsprinsippet i formueretten. For hver av rettene er det mest hensiktsmessig å starte på det lovfestede området. Likhetene mellom skandinavisk rett er dominerende, men noen forskjeller er det, som for hevdsreglene. Det er derfor nødvendig å si noe om disse i svensk og dansk rett.

⁶⁴ Lund 2016 s. 55.

⁶⁵ Bryde Andersen 2013 s. 52.

⁶⁶ Hagstrøm 2011 s. 88.

⁶⁷ Eriksen 2010 s. 213.

3.2 Svensk rett

I svensk rett er det adgang til å hevde fast eiendom, såfremt man har tinglyst ervervelsen, og har i lang tid besittet eiendommen som sin egen.⁶⁸ Uten tinglysning kan det ikke bli tvist om eiendomsrett på grunn av hevd. Begrunnelsen for dette er å skjerpe betydningen av tinglysning som et trygghetsskapende rettsinstitusjon, samtidig som den rette eieren ikke forholder seg passiv, men holder seg til samme rettsfaktum.⁶⁹ Den som anser seg som å ha mistet eiendomsretten på uriktig måte kan da ikke forholde seg passiv i ubegrenset tid, men om ervervshaveren tinglyser eiendommen, må den opprinnelige eieren reagere, riktignok innen generøse tidsgrenser, forutsetningsvis 10 eller 20 år.

I svensk rett kreves det ikke god tro ved hevd av fast eiendom i samme grad som i norsk tingsrett.⁷⁰ Det fins to ulike former for å hevde fast eiendom, en med 20-årsfrist og en med 10-årsfrist. Den 10-årige hevden forutsetter at den første innehaveren er i god tro ved ervervelsestidspunktet. Den som har fått eiendommen avhendt til seg, er hevdstiden satt til 10 år.⁷¹ Kravet om god tro gjelder kun den første innehaveren.⁷² Dette skiller seg fra norsk rett, hvor hevderen må være i god tro gjennom hele hevdstiden for å hevde eiendommen.

Som tidligere nevnt, er en viktig forskjell i svensk rett har man ikke en tilsvarende bestemmelse som tinglysningsloven § 21 andre ledd, da hevderen ikke må tinglyse for å ha rettsvern. Slik sett fungerer reglene om hevd i svensk rett som reserveregler og supplement til reglene om godtroerverv, og ikke slik som i Norge og Danmark.⁷³ For at hevderen skal få rettsvern for ervervelsen, må den uansett tinglyses. Sann sett står ikke hevd like sterkt i Sverige som i Norge. Det må også tinglyses ved passivitetsdrøftelsen, og dermed er adgangen til passivitet mye snevrere. Siden adgangen til å hevde er snevrere på grunn av både god tro og tinglysingsbeskyttelsen, vil terskelen for tap av eiendomsrett ved passivitetvurderingen være mye høyere.

Hevdsreglene forutsetter at erververen har tinglyst i svensk rett, noe som ikke gjelder ved

⁶⁸ Jordabalken 16:1, 2 st. og 3 st. §

⁶⁹ Victorin 2011 s. 258.

⁷⁰ Jordabalken 16:1 2 st. og 3 st. 1 §.

⁷¹ Rådsegn 6. s. 33-34.

⁷² Hessler 1983 s. 25-28, Rådsegn 6 s. 29 flg.

⁷³ Victorin 2011 s. 257. Hvis 17. og 18. kap. i Jordabalken ikke oppfylles, kan 16. Kap anvendes, jf. Hessler 1983 s. 28.

ekstingsjon. Der er det avgjørende om den som ekstingverer har tinglyst.⁷⁴ Forskjellen er størst når det gjelder den 20-årige hevden. Her behøver erververen verken å være i god tro eller at ervervelsen må ha skjedd ved overgivelse. Ulikheten er mindre ved 10-årig hevd, der som ved godtroerverv, kreves at ervervelsen har skjedd med overgivelse, og at erververen ved overtakelsen var i god tro. Den eneste forskjellen er at ved 10-årig hevd, kreves ikke tinglysning. Hevd kan påberopes der godtrovern ikke inntre.⁷⁵ Det betyr at i svensk rett er det kun nødvendig å være i god tro ved 10-årig hevd ved overtakelsen.

3.3 Dansk rett

Tap av eiendomsrett etter ulovfestede passivitetsregler i dansk tingsrett kan skje på samme måte som i norsk rett, og tidsfristen er den samme.⁷⁶ Forskjellen er at god tro-vurderingen tillegges ikke like mye vekt som i norsk rett.⁷⁷ Det er allikevel et vilkår at den hevdede skal ha ”en vis form for god tro.”⁷⁸ Grensen er vanskelig å konkretisere. Tidligere har fokuset i danske hevdsregler ligget på om det forelå en rettmessig adkomst, og ikke om den hevdede er i god tro gjennom hele hevdstiden.⁷⁹ Højesteret har uttalt at der det ikke forelå ”en sådan ond tro, at hævde herved er udelukket”.⁸⁰ De danske hevdsreglene er tilnærmet like de norske, siden god tro-vurderingen utføres nesten som i Norge. Allikevel er det nyanser.⁸¹ Det er de samme reglene som i Norge når det gjelder rettsvern; det er ikke nødvendig å tinglyse hevdet eiendom, da man har rettsvern fra den dagen hevdstiden er fullført.⁸² Det betyr at hevd har prioritet foran alle tinglyste og utinglyste rettigheter, som pant, og alle andre rettigheter som strider mot den ervervede hevden. Allikevel kan den nyervervede hevden ekstingveres av en godtroende kjøper, tinglysningslovens § 1, og for å hindre at dette skjer, bør hevdervervelsen tinglyses på eiendommen.

⁷⁴ Victorin 2011 s. 261.

⁷⁵ Beckman mfl. 2012 s. 419.

⁷⁶ Christian den 5s Danske Lov 5.5.1 og 5.5.2. Se også pkt.4.4.2.3.

⁷⁷ Eriksen 2003 s. 128-129.

⁷⁸ Munk-Hansen 2015 s. 46.

⁷⁹ Eriksen 2003 s. 128-129.

⁸⁰ U 1961.803 H.

⁸¹ Eriksen 2013 s. 73.

⁸² Tinglysningslovens § 26 stk. 3(DK), Munk-Hansen 2015 s. 46.

Positive servitutter kan også falle bort ved passivitet; dette skjer hvis eier av den tjenende eiendommen råder i strid med servituten, og den berettigede er kjent eller burde være kjent med dette, uten å kreve servituten etterlevet.⁸³

⁸³ Munk-Hansen 2015 s. 32.

DEL 4. Passivitet – variabler i vurderingen

4.1 Den retthistoriske utviklingen av passivitet som rettsinstitusjon

Helt siden 1800-tallet har passivitetsvirkninger blitt tillagt vekt i Norden.⁸⁴ I eldre teori har det blitt diskutert om det ulovfestede passivitetsprinsippet utgjør et selvstendig rettsinstitutt.⁸⁵ Utgangspunktet i passivitetslæren var at ren passivitet ikke førte til at tinglige rettigheter gikk tapt.⁸⁶ Slik er det ikke i dag da det er kun i særlige tilfeller at opprinnelig eier kan tape på grunn av ren passivitet.⁸⁷ Siden ren passivitet forekommer sjeldent, må vurderingen om det er mulig å erverve eiendomsrett til fast eiendom baseres på en sammensatt, konkret vurdering av partenes opptreden, herunder erververs aktivitet og opprinnelig eiers passivitet, selv om vilkårene for hevd og alders tids bruk ikke er oppfylt. Det må da foreligge sterke grunner før det kan konkluderes med at eiendom ha blitt overført på denne måten. Det må foreligge et passivitetsutløst rettstap, av den som opprinnelig var berettiget.⁸⁸

Et klassisk eksempel på kontraktssituasjonen er Sjøbod-dommen fra 1893.⁸⁹ Den tidligere eiers kontraktsmessige rett til ”fri og uhindret Adgang”⁹⁰ til en sjøbod var tapt fordi han ikke protesterte i tide mot endringer som hindret adkomsten. Sjøbodeieren hadde imidlertid ikke kommet med innsigelser før det hadde gått ti år. Dette førte til at han kun fikk erstatning, og ikke gjenopprettelse. Rettstap på grunn av passivitet kan også skje utenfor kontrakt. I Rt. 1902 s. 641 kom ervervshaveren ved en feil til å bygge noe inn på opprinnelig eiers grunn. Opprinnelig eier var klar over forholdet, men unnlot å protestere. Dette førte til at opprinnelig eier verken fikk medhold i sitt rettingskrav eller i sitt rivningskrav.⁹¹ Allikevel ble grunneieren tilkjent erstatning.⁹² Etter gjeldende rett, granneloven § 11, må en lignende situasjon føre til at grunneier ikke kan kreve fjerning, og ikke dekning av mer ulempe eller

⁸⁴ Lund 2016 s. 55-56.

⁸⁵ Knoph 1939 s. 248-249, Cervin 1960 s. 23.

⁸⁶ Arnholm 1932 s. 76-77.

⁸⁷ Falkanger 2013 s. 445, Rt. 1902 s. 641 og Rt. 1992 s.352 på s. 356.

⁸⁸ Asland 2009 s. 70.

⁸⁹ Rt. 1893 s. 481.

⁹⁰ Rt. 1893 s. 481 på s. 484.

⁹¹ Rt. 1997 s. 1929.

⁹² Granneloven av 27.april 1887 § 8, opphevet.

skade etter første ledd.⁹³ Retting er hovedregelen ved ulovlig bygging, på tvers av rettsområder, som i strandretten, og også ved andre offentligregulerte retter.⁹⁴

4.2 Rettslige grunnlaget for bortfall av eiendomsrett som følge av ulovfestede passivitetsregler

En eier hindrer ikke alltid andres faktiske rådighet. Hvis noen utøver urettmessig rådighet over eiendommen gjennom lang tid, vil rettsordenen på visse betingelser statuere at urett blir til rett. Passivitetsvurderingen blir anvendt som forsvar for at den eksisterende tilstand er rettmessig.⁹⁵ Rettsstillingen bedømmes ut fra innretningssynspunkter. Dette er den samme begrunnelsen som ligger bak lovregler om foreldelse, reklamasjonsfrister etc.⁹⁶

Det er adgang til at "[i] særlige tilfeller kan rette eier tape pga. ren passivitet."⁹⁷ Passivitet er betinget; det er tilfeller der den passives rett er en tilstandsrett som positivt krenkes ved en annens aktivitet.⁹⁸ Passivitet kan føre til at opprinnelig eiers rett går helt eller delvis tapt. Passivitetsprinsippet er generelt, og er ikke begrenset til visse rettsområder. Passivitet kan langt på vei gjøre hevdsreglene overflødige. Samtidig er det vanskelig å oppstille sikre regler om hvilke vilkår som må være oppfylt for at en rettighet skal falle bort ved passivitet. Dette er grunnen til at det er en helhetlig, konkret, og skjønnsmessig vurdering, og at ulike momenter vil ha betydning. De ulike momentene vil gå over i hverandre, og det er vanskelig å holde de adskilt. Dissensen til Høyesterett i Fårøya-dommen illustrerer hvor omfattende og vanskelig interesseavveiningen er. Allikevel vil det i oppgaven bli sagt noe om hver av de forskjellige momentenes relevans og vekt, og om dette har endret seg fra tidligere tider til i dag.

Begrunnelsen bak de ulovfestede reglene finner man uttrykk for i de lovfestede reglene. Disse viser hvordan rettsordenens alminnelige vurdering av passivitet og sanksjonering av lik opptreden på likeartete områder og kan dermed illustrere hvilke interesser lovgiver ønsker å

⁹³ Graneloven § 11 første ledd.

⁹⁴ Gulating lagmannsrett, dom avsagt 31.05.1985, Rt. 2011 s. 10, RG-2013-1596 og LH-2013-209815.

⁹⁵ Nygaard 1999 s. 224.

⁹⁶ Munk-Hansen 2015 s. 41.

⁹⁷ Falkanger 2013 s. 445.

⁹⁸ Brækhus og Hærem 1964 s. 617.

beskytte.⁹⁹ Det vil være legitimt å beskytte de samme interessene på det ulovfestede området. Særlig vil hensynet til forutberegnelighet ha betydning. Før selve dypdykket i momentene, er det nødvendig å ta for seg utviklingen av passivitetsreglene for å forstå fremstillingen av momentene.

4.3 Doktrinen – innholdet i de ulovfestede passivitetsreglene

Passivitetslæren gjelder generelt for alle rettsområder i den private retten, men momentene er mye av de samme og dertil også begrunnelsene bak passivitetsreglene. Det ble tidlig klart i teorien at det var nødvendig å kartlegge ulovfestet passivitet, slik Arnholm presiserte det i 1932; ”[Det er]..en naturlig betraktning at den som forholder sig passiv der hvor han ser eller burde se at en kritisk situasjon er inntrådt, ikke ubetinget bør ha adgang til senere å gjøre sin mulige rett gjeldende.”¹⁰⁰ Utenfor lovfestet rett bestod vurderingen ikke bare av å klarlegge om det foreligger passivitet, men også om denne passiviteten skal tillegges rettsvirkninger.¹⁰¹

Arnholm var tidlig ute med å introdusere uttrykket ”passivitetsvirkninger”¹⁰², og i boka med samme navn ble det gitt en større analyse av rettslige utslag av passivitet, som Arnholm oppsummerte med at det var vanskelig å oppstille en mer alminnelig passivitetsregel siden det måtte tas så mange reservasjoner med ”hensyn til de enkeltes tilfelles beskaffenhet at regelen vilde bli temmelig intetsigende”.¹⁰³ Siden har rettsteoretikere i Norden arbeidet for å plassere og formulere passivitetsregelen. Etter gjennomgang av datidens rettspraksis oppsummerte senere Knoph en generell rettslig standard om at en rettighet kan gå tapt ved passivitet dersom ”en god og aktsom mann med utviklet sosial ansvars kjensle ikke vilde undlatt å bruke retten i tide, eller ikke finne det forsvarlig å kreve den gjennomført i streng og uavkortet skikkelse, under den forandrede situasjon som tiden og forholdene har lagt til rette.”¹⁰⁴

40 år senere endret Arnholm sitt syn, ved å nøye seg med å slå fast at utenfor den positive rett vil det bero på en konkret vurdering i de enkelte tilfellene for å avgjøre om passiviteten har

⁹⁹ Asland 2009 s. 73, Jensen 2007 s. 74-75.

¹⁰⁰ Arnholm 1932 s. 5.

¹⁰¹ Asland 2009 s. 73.

¹⁰² Arnholm 1932 s. 8.

¹⁰³ Arnholm 1932 s. 113.

¹⁰⁴ Knoph 1939(opptrykk 1948) s. 240.

ført til at en rettighet har gått tapt.¹⁰⁵ I teorien er det bred enighet om at det er vanskelig å anvende Knops passivitetsstandard som rettsregel, og det illustreres særlig på formuerettens område og tap av rett til fast eiendom.¹⁰⁶

I forarbeidene til hevdsloven omtales det at passivitetsutløst rettstap er mulig før full hevdstid eller uten at det foreligger god tro.¹⁰⁷ Cervin har bidratt mye til passivitetslæren. Cervin utformet en passivitetsregel hvor en rekke momenter kunne medføre visse rettsfølger, som et visst tidsforløp, god tro hos den forpliktete, ond tro hos den passive.¹⁰⁸ Denne har blitt kritisert da den først og fremst gir uttrykk for en ulovfestet reklamasjonsregel, og ikke det som faller utenfor obligasjonsrettens område.¹⁰⁹

Hørby Jensen uttaler at rettstap på et ulovfestet område kan konstateres i de situasjoner hvor det foreligger særlige omstendigheter som burde gi rette eier en konkret anledning til å gjøre sitt krav gjeldende, men hvor dette allikevel ikke skjer.¹¹⁰ Dette innebærer at klanderverdig passivitet kan medføre rettstap.¹¹¹ Det er dermed åpnet opp for at flere forhold kan ha betydning for vurderingen, noe som er i tråd med en rettslig standard. Passivitetsstandarden tilpasser seg samfunnets endringer. Den fungerer som en grunnsetning som mangler detaljert utforming, siden den skal fungere på så mange ulike rettsområder, noe som igjen gjør det vanskelig å si noe fast om passivitetsregelen.¹¹²

Det siste tilskuddet har Lund gitt. Lund har nylig skrevet doktoravhandling om temaet, med fokus på binding og rettstap som ulovfestede passivitetsvirkninger, og som er i tråd med oppgavens tema.¹¹³

¹⁰⁵ Arnholm 1975 s. 50 flg.

¹⁰⁶ Arnholm 1975 s. 87-89, Jensen 2007 s. 77, Hagstrøm 2011 s.804.

¹⁰⁷ Rådsegn 6 s. 6.

¹⁰⁸ Cervin 1960 s. 32.

¹⁰⁹ Jensen 2007 s. 77.

¹¹⁰ Jensen 2007 s. 82.

¹¹¹ Se 4.4.2.2.

¹¹² Ravnkilde har avvist eksistensen av denne grunnsetningen, begrunnet med at tap av en rett og stiftelse av en plikt ikke kan hjemles i samme rettsnorm, Ravnkilde 2013 s. 236-238. Ravnkilde sin fremstilling omhandler ikke passivitet i tingsretten, og dermed vil ikke denne være aktuell i vurderingen.

¹¹³ Jeg fikk tilgang til doktoravhandlingen en uke før levering, slik at jeg har ikke fått satt meg tilstrekkelig inn i boken.

4.4 Momenter fremhevet i teori og praksis

I det følgende vil utgangspunktet være momentene som er fremhevet av flertallet i Fårøya-dommen. Disse vil bli supplert i den grad det er nødvendig. Det er disse momentene som er aktuelle ved tap av tinglige rettigheter, og det er disse momentene som er relevante og vektlegges ved en konkret vurdering for passivitetsutløst rettstap. Dommen har aktualisert flere av de momentene som allerede har blitt nevnt, og derfor er det naturlig å ta utgangspunkt i disse.

”Avgjørende er, har det vært sagt, om «saksforholdet ... er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnlatelse av å foreta seg noe, rettsvirkning», jf. Rt-1992-352(Sigdal), på side 356. Høyesteretts avgjørelser viser at en rekke forhold etter omstendigheten da får betydning, spesielt partenes adferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape, god tro, de respektives oppfordring til å handle, tiden som har gått, preget av en festnet tilstand og foretatte investeringer. Også hensynet til en rimelig løsning i situasjoner der de faktiske forholdene utvikler seg ganske annerledes enn det de rettslige utgangspunktene skulle tilsi, synes å ha en viss betydning.”¹¹⁴

Falkanger formulerer momentene for rettstap for passivitet slik:

”Hvorvidt en rett skal tapes ved passivitet, vil bero på et skjønn i det enkelte tilfelle. Et viktig moment vil være hvor lang tid som er gått. At A har vært i god tro, er selvsagt også av betydning – og enda sterkere står han hvor han har gjort påkostninger på den ting han har benyttet[]. Helt sentralt i vurderingen står B’s aktivitet, eller mangel på sådan, sett på bakgrunn av den kunnskap han har om egen rett.”¹¹⁵

As aktivitetsplikt vil bli behandlet i et eget avsnitt, mens Bs aktivitetsplikt, vil i analysen bli definert som handleplikt. Falkangers oppramsing av momenter vil sammen med rettspraksis være fundamentet for analysen i oppgaven.

Som førstvoterende uttaler, er ikke momentene uttømmende. Ettersom det alltid vil foreligge ulike utgangspunkt, er det en rekke forhold som kan ha betydning for vurderingen.

¹¹⁴ Avsnitt 33.

¹¹⁵ Falkanger 2013 s. 324.

Momentene vil naturlig nok gli over i hverandre, og dermed er det best å ta utgangspunkt i de adskilte momentene som Høyesterett har oppstilt i Fårøya-dommen. Først vil partenes atferd som aktivitetsplikt og handleplikt vurderes, deretter god tro-momentet, tidsmomentet og hensynet til rimelig løsning. Deretter vil investeringshensynet bli behandlet. Tilslutt er det samlet visse andre hensyn som Høyesterett ikke eksplisitt nevnt i denne saken.

4.4.1 Partene sin atferd

4.4.1.1 Partene sin atferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape

Fårøya-dommen skiller seg fra tidligere rettspraksis siden partene allerede hadde et rettslig forhold til hverandre, ved et etablert sameie. Det må dermed stilles spørsmål om hvem som burde ha tatt affære i sameiet. Det er heller ikke mulig eller særlig praktisk å velge mellomløsninger når det gjelder rettigheter til fast eiendom, slik at en av partene ville måtte tape eiendomsrett.

4.4.1.2 Aktivitetsplikt

Nilsen trakk den slutningen fra de øvrige sameiers holdning og adferd at nå var det opp til ham å berge hytta. Han måtte handle slik at hytta ble reddet, og dette har flertallet lagt vekt på.¹¹⁶ Allikevel var Nilsen den som først og fremst måtte bringe klarhet i forholdene, slik både flertallet og mindretallet presiserer. Nilsen begynte å rehabilitere hytta uten å si noe til de andre sameierne. Han hadde ansvaret for å sikre bevis for hvem som ble varslet og hva de svarte, enten ved avtale eller ved å ta initiativ til oppløsning av sameiet før rehabiliteringen. Når Nilsen satte i gang uten en nødvendig og notorisk avklaring med de øvrige sameierne, tok han en risiko, en risiko som Nilsen ikke kan forvente at rettsordenen skulle eliminere uten videre, ifølge mindretallet.¹¹⁷

Lagmannsretten uttaler imidlertid at ettersom tiden gikk, ble ”handleplikten mer og mer skjøvet over” på de øvrige sameierne, noe flertallet er enige i. Det er snakk om en ”bestyrket forventning”¹¹⁸ fra Nilsens side, siden de øvrige sameierne ikke gjorde noe for hytten, verken

¹¹⁶ Avsnitt 35.

¹¹⁷ Avsnitt 49.

¹¹⁸ Avsnitt 37.

økonomisk eller fysisk. Nilsen hadde den oppfatning av at hytta og verdien av hytta var hans alene.

Brækhus hevder at det er den redelige mann som uforskyldt har overtrådt grensene for sin rett, som man særlig vil søke å beskytte.¹¹⁹ Der handlingen er uaktsom eller forsettlig påstår han det sjeldent er grunn til å la vedkommende vinne noen rett. Dette taler for at mindretallets resonnement er mest hensiktsmessig. Dette er også i samsvar med begrunnelsen for hevdsreglene. Der ønsker man at en skal utnytte eiendommen og tilhørende ressurser på en best mulig måte. Det betyr at lovgiver ønsker å belønne den ivrige, og straffe den passive. Disse momentene har flertallet lagt vekt på i Fårøya-dommen, og er i samsvar med hensynene i hevdslova.¹²⁰

Mindretallet mener imidlertid at aktivitetsplikten var mer nærliggende å pålegge Nilsen som ønsket rettsendring.¹²¹ Den som pretenderer en særrett har denne bevisbyrden, hvis de øvrige sameiere ikke er klar over pretensjonen.¹²² Han kunne ha krevd sameiet oppløst eller bedt sameierne inngå en særskilt avtale om endring av eierskap. Han benyttet seg ikke av de ordninger som er etablert i sameieloven for å avklare og endre rettsstillingen mellom sameierne, og bad ikke om refusjon av avgifter og vedlikehold som han har adgang til etter sameieloven § 8 og 9.

Det må stilles spørsmål ved om Nilsen, som hadde kontakt med de som representerte de ankende parters sameieandeler, overskred sin adgang til tålt bruk.¹²³ Lagmannsretten forstår det slik at disse ikke motsatte seg Nilsens tiltak på eiendommen. Mindretallet mener at dette må forstås som at Nilsen brukte hytta utover hva hans sameiedel isolert sett skulle tilsi, og at han utbedret hytta i større utstrekning enn hva hans sameieandel skulle tilsi.

¹¹⁹ Brækhus og Hærem 1964 s. 619.

¹²⁰ Avsnitt 38-42.

¹²¹ Avsnitt 52.

¹²² Avsnitt 52, Rt. 1953 s. 1345 på s. 1349.

¹²³ Hevdsloven § 4.

4.4.1.3. De respektives oppfordring til å handle, handleplikten

Utgangspunktet er at en tinglig rettighet ikke bortfaller selv om man ikke aktiv.¹²⁴ Som tidligere nevnt, kan man kun miste eiendomsretten dersom en kan konkludere med at man burde ha vært kjent med både at det ble gjort investeringer og at disse ble gjennomført på ens egen eiendom. Under særlige forhold kan opprinnelig eiers rett gå tapt ved manglende aktivitet fra hans side.¹²⁵ Hvis det er slik at ervervshaveren uberettiget bruker eiendommen, er det eiers ansvar å si ifra. Dette er særlig klart der ervervshaveren bygger på en avtale med eier som eier selv anser for uforpliktende. Hvis opprinnelig eier ikke varsler innen rimelig tid, kan eiers innsigelse gå tapt etter avtalerettslige regler. Imidlertid er det slik at hvis ervervshaver er i ond tro, så kan ikke eier pålegges reklamasjonsfrist, etter alminnelige kontraktsrettslige regler.

Spørsmålet er om bortfall av sameierettigheter kan skje selv om Lange ikke kunne lastes for å kjenne til de egentlige eiendomsgrensene dersom saksforholdet likevel er slik at det kan være grunn til å laste Langes unnlattelse av å ikke foreta seg noe en rettsvirkning som tap av sameierett.

Hvis man ikke har sagt i fra, eller har latt være bevisst å si ifra til ervervshaveren før den har foretatt investeringer, vil dette tale for at opprinnelig eiers rettighet kan falle bort.

Uaktksomhet er også et moment som kan være i opprinnelig eiers disfavør.¹²⁶ Brækhus uttaler at det imidlertid skal mer til for at hans rett vil gå tapt hvis opprinnelig eier ikke kan lastes for det som har skjedd. De øvrige sameierne hadde mistet interesse for stedet og forvaltningen av det, noe flertallet vektlegger.¹²⁷ De engasjerte seg ikke for å berge hytta, de hadde rett og slett gitt den opp. Slik passivitet kan føre til at man mister sine rettigheter.

Nilsens aktivitet var akseptert, mener mindretallet.¹²⁸ Det betyr at det ikke var noen aktivitet å påtale. Det hadde da eventuelt vært å presisere at hytta lå i sameie, ikke noe annet. Videre skjedde rehabiliteringen i små trinn over en periode på 18 år. Når arbeidet var synlig for de

¹²⁴ Scheel 1912 s. 381, se pkt. 1.1.

¹²⁵ Falkanger 2013 s. 323-325.

¹²⁶ Berg 2005 s. 71, Brækhus og Hærem 1964 s. 618.

¹²⁷ Avsnitt 35-38.

¹²⁸ Avsnitt 52.

andre sameierne, er det vanskelig å si for sikkert. Dermed er det usikkert om og eventuelt når de øvrige sameiere skulle presisert sin sameierett i hytta.

Partene i sameiet har hatt ulik bruk av eiendommen i ulike tidsperioder, og hovedbrukeren i enkelte perioder dekket løpende og ekstraordinære kostnader uten refusjon, uten betydning for sameiebrøkene. Foreldrene til en av sameiepartene hadde på 1940- og 1950-tallet anvendt hytta i stor grad, og gitt hytta nytt tak og oppført et naust. Momentet taler for at de ulike familiene brukte hytta i ulik grad i perioden fra oppføring av hytta til i dag.

Som det nevnes i lagmannsrettsdommen, bodde en del av sameierne langt unna Molde, og hadde ikke vært på eiendommen på 50 år.¹²⁹ Allikevel var det flere av sameierne som bodde i nærheten, og hadde anledning til å oppsøke Nilsen. Dermed fremgår det som lite sannsynlig at sameierne ikke fikk med seg hva som skjedde på hytta. I tingretten ble det klart at det ikke forelå noe avtalerettslig grunnlag for at Nilsen skal ha overtatt eierskapet til hytta. Her kommer det fram til at de øvrige sameierne var klar over at hytta ble vedlikeholdt, men ikke omfanget. De hadde ingen foranledning til å avklare sin rettslige stilling i eiendommen, og kan derfor ikke ha tapt sin rett til bygningen ved passivitet.¹³⁰

I Sigdal-dommen krever ikke flertallet at den rette eieren var å klandre. Der den rette eieren derimot har oppført seg uaktsomt, forutsetter forarbeidene til hevdslova at erververen etter omstendighetene kan nå fram med en påstand om ”klanderverdig passivitet.”¹³¹ Parallellen til vår sak er om de øvrige sameierne har opptrådt uaktsomt ved å ikke reagere på Nilsens vedlikehold.

4.4.2 Aktsom god tro hos ervervshaveren

4.4.2.1. Generelt

Nilsen handlet i ond tro. Nilsen har gjennom hele rehabiliteringstiden vært innforstått med at hytta var en del av sameiet, og det fremkommer av grunnboka. Nilsen har vært i ond tro helt fra starten av, og dette er ikke omtvistet av partene. Imidlertid fikk Nilsen den oppfatning at ettersom tiden gikk, ble eiendomsretten for hytta overført på han, slik at han ble eneeier av

¹²⁹ LF-2014-139795.

¹³⁰ TROMS-2013-196772.

¹³¹ Rådsegn 6 s. 6.

den falleferdige hytta.¹³²

I rettshistorien har et gjennomgående trekk ved ulovfestet passivitet vært at god tro må foreligge hos ervervshaveren for at tap av eiendomsrett skal kunne oppstå. Dette er i samsvar med lovfestede regler, presentert i del 3. I Sigdal-dommen hatt hytteeierne hadde betydelig kontakt med grunneieren, og det må dermed ha ”fremstått som utenkelig for dem at han ikke visste hvor korrekte eiendomsgrensen gikk.”¹³³ Hytteeierne var her hele tiden i aktsom god tro; de hadde gjort betydelige investeringer, disponert tomtene i ca. 14 år, og flere av hytteeiendommene har blitt omsatt en eller flere ganger.

Det har vært diskutert i rettslitteraturen om det foreligger minstevilkår ved passivitetsvurderingen.¹³⁴ Sigdal-dommen er av interesse. Mindretallet mente det måtte oppstilles et minstekrav om at grunneier var å bebreide, fordi den interesseavveiningen som lovgiver hadde foretatt ved utformingen av hevdsløven, kunne fravikes.¹³⁵ God tro-momentet har i tidligere rettspraksis nærmest fungert som et vilkår, mens flertallet i Fårøya-dommen ikke ser på det som nødvendig i det hele tatt. Her har det aldri vært tvil, Nilsen har klart vært i ond tro fra starten av.

Når Høyesterett kommer fram til at eiendomsretten var falt bort for øvrige sameiere, er det noe helt nytt sammenlignet med tidligere rettspraksis, hvor god tro-kravet har gjennomgående vært en del av vurderingen.¹³⁶ Det er dermed utvilsomt at god tro i en konkret vurdering ikke må vektlegges i like stor grad som tidligere, det er andre momenter som kan i større grad vektlegges, som investeringshensynet. Nilsens oppfatning om at han etter hvert har blitt eneeier av hytta, kan ikke betraktes som aktsom.¹³⁷

4.4.2.2. Klanderverdig atferd, uaktsomhet

I Fårøya-dommen har det ikke blitt anført at noen av partene hadde opptrådt uaktsomt. Dette momentet må allikevel nevnes, da det implisitt kan virke som at de øvrige sameierne kan ha

¹³² Avsnitt 37 og 38.

¹³³ Rt. 1992 s. 353 på side 257.

¹³⁴ Blant annet Skag 2011 s. 534-537.

¹³⁵ Rt. 1992 s. 352 på s. 355.

¹³⁶ For eksempel Rt. 1992 s. 352.

¹³⁷ Avsnitt 53.

opptrådt uaktsomt.¹³⁸ Rettspraksis illustrerer at det også er mulig at opprinnelig eier kan tape sin rett selv om eier ikke har hatt kunnskap om sin rett eller de omstendigheter som utløste den. I disse tilfellene kreves det at lengre tid er gått enn der opprinnelig eier har kunnskap.¹³⁹

Det har blitt lagt til grunn i forarbeidene til hevdslova at klanderverdig passivitet må til for at ulovfestet tap av eiendomsrett kan skje.¹⁴⁰ Det betyr at hvis man opptrår uaktsomt, så foreligger det klanderverdig passivitet. Etter Sigdal-dommen ble det allikevel ikke et nødvendig vilkår at den rette eieren opptrer uaktsomt, det kan være andre hensyn som gjør at man mister eiendomsretten. I juridisk teori er det blitt drøftet om dette kan anses rimelig og i tråd med lovgivers vilje.¹⁴¹ Rimelighetsbetraktninger taler for at man ikke skal kunne miste eiendomsretten selv om man har handlet aktsomt hele veien. Dette strider mot hensyn som vern for etablert tilstand. Dette uttaler også Lilleholt:

*”Når Høgsterett i Sigdal-saka fann at eigedomsretten var fallen bort, utan at ein fekk seg til å seie at H burde ha handla annleis, er det etter mitt syn noko nytt i høve til tidlegare praksis. Om det er ei utvikling i rett lei eller ikkje, er det nok delte meiningar om. Eg har iallfall mistanke om at Høgsteretts fleirtal her har knesett eit syn på eigedomsretten som har større gjenklang hos hyttefolk enn hos fastbuande.”*¹⁴²

Kåre Lange og de øvrige sameierne kunne ikke være klar over i detalj hvilket omfang rehabiliteringen hadde underveis, ifølge flertallet. Allikevel ble det gjennomført en såpass krevende og kostbar rehabilitering at de øvrige sameierne burde visst hva som skjedde på hytteboligen i løpet av perioden på 18 år.

Siden Nilsen har vært i ond tro gjennom hele rehabiliteringsperioden, vil dette kunne i stor grad overskygge de øvrige sameiernes eventuelle klanderverdighet. Allikevel har rehabiliteringen skjedd så trinnvis, og sammenholdt med tiden som har gått, vil dette tale for at de øvrige sameierne opptrådte aktsomt helt fram til tvisten ble brakt til tingretten.

¹³⁸ Lund 2016 s. 282.

¹³⁹ Rt. 1914 s. 692, Rt. 1992 s. 352.

¹⁴⁰ Berg 2005 s. 63, Rådsegn 6 s. 6. Berg uttaler at forarbeidene taler om noe som ligger nært opp mot uaktsomhet, en slags culpa light.

¹⁴¹ Berg 2005 s. 64 flg.

¹⁴² Lilleholt 1994 s. 290.

4.4.2.3 God tro i et skandinavisk perspektiv

Hevdsinstituttet har klare paralleller med den ulovfestete passivitetsvurderingen, og det er derfor hensiktsmessig å sammenligne hensynene bak instituttet i Skandinavia ved god tro-vurderingen for å belyse problemstillingen. Som illustrasjon for forskjellene mellom dansk og norsk rett, er Øraker-dommen anvendelig.¹⁴³ Som nevnt måtte As rettsforgjenger i denne saken også være i god tro for at man skulle kunne hevde. Høyesterett la til grunn at rettsforgjengeren var kjent med eller i alle fall burde være kjent med de rette forholdene. Dermed var ikke vilkåret om god tro oppfylt.¹⁴⁴ I en dansk domstol ville resultatet muligens blitt annerledes.¹⁴⁵ I dansk tingsrett betyr ikke ond tro at hevdervervelsen nødvendigvis er tapt, men det her må foretas en vurdering av redeligheten.

Det foreligger et aktsomhetskrav i dansk rett, men i annen betydning enn etter norsk rett. God tro-vilkåret er definert som et redelighetskrav. Det gir uttrykk for en moralsk standard, ved at den som handler mot ”hæderlighed”,¹⁴⁶ ikke skal vinne rett.¹⁴⁷ Den hevdede må ha en viss form for god tro, Højesteret har uttalt at der det ikke forelå ”en sådan ond tro, at hævde herved er udelukket.”¹⁴⁸ Den hevdede må dermed ikke være i god tro om sin rett til å råde over eiendommen, med mindre det foreligger en rettsstridig handling. Det avgjørende i dansk rett for at hevd kan foreligge, er dermed om det har skjedd noe ikke har skjedd noe ulovlig, at eiendommen har kommet hevderen i hende ved tyveri, tvang eller et en annen rettsstridig handling. I norsk rett kom vilkåret om god tro ved hevd først på 1800-tallet. Tidligere hadde hevdvilkårene vært de samme i norsk og dansk rett. Begrunnelsen bak utviklingen skal være misforståelser knyttet til en dom avsagt før domsgrunnene ble gjort offentlig tilgjengelige.¹⁴⁹

Som nevnt tidligere, er ikke god tro et absolutt vilkår for hevd heller i svensk rett.¹⁵⁰ Her er det nok at erververen ved 10-årig hevd er i god tro ved overtakelsestidspunktet, mens ved 20-årig hevd er ikke god tro nødvendig i det hele tatt.

¹⁴³ Rt. 2000 s. 604, se pkt. 2.2.5.

¹⁴⁴ Hevdsloven § 4 første ledd andre punktum.

¹⁴⁵ Eriksen 2003 s. 86.

¹⁴⁶ Eriksen 2003 s. 82, Munk-Hansen 2015 s. 46, Danske Lov 5-5-1 og 5-5-2.

¹⁴⁷ Eriksen 2003 s. 82.

¹⁴⁸ U 1961803 H.

¹⁴⁹ Eriksen 2003 s. 79-129.

¹⁵⁰ Se pkt. 3.2.

Sammenfattende danner dette ulike grunner for hvorfor Høyesterett har valgt å ikke vektlegge god tro-momentet i like stor grad som tidligere. I verken dansk eller svensk rett er god tro-momentet absolutt ved passivitetsutløst bortfall av eiendom. Dette er i tråd med flertallet i Fårøya-dommen, da Nilsens tro gjennom hele prosessen ikke er avgjørende for konklusjonen. Det kan dermed se ut som at flertallet i større grad har lagt vekt på andre hensyn enn hva tidligere rettspraksis fremstiller, og har tatt et steg nærmere svensk og dansk rett.

4.4.3. Preget av en festnet tilstand

Utgangspunktet er at om opprinnelig eier, til tross for kunnskap, har tiet og latt ervervshaver få den oppfatning at alt er i orden, er det liten grunn til å beskytte opprinnelig eier, som nevnt i pkt. 3.7.¹⁵¹ Imidlertid fører lang tids bruk kombinert med passivitet fra opprinnelige eiers side til betegnelsen ”festnet rettsforhold.”¹⁵²

I Fårøya-dommen nevner verken flertallet eller mindretallet eksplisitt om hele rehabiliteringsprosessen bærer preg av en festnet tilstand. Allikevel er momentet relevant for flertallets resonnement, da tiden som har gått kombinert med ond tro er overens med hva flertallet tilslutt vektlegger. I dommer der festnet bruk er tillagt avgjørende eller dominerende vekt, synes det å gjelde der god tro kanskje ikke spiller så stor rolle idet den berettigedes passivitet over lengre tid tillegges betydelig vekt.¹⁵³

4.4.4. Tiden som har gått

Både flertallet og mindretallet i Fårøya-dommen er enige i at tiden som har gått er et av momentene som er relevante ved sterke grunner-vurderingen.¹⁵⁴ Flertallet er imidlertid enige med lagmannsretten om at ettersom tiden gikk og rehabiliteringen av Nilsen skred frem, ble handleplikten mer og mer skjøvet over på de øvrige sameierne, og særlig fordi det gikk så lang tid som 18 år før tvisten ble brakt fram.¹⁵⁵ Mindretallet uttalte at tidsmomentet talte for at Kåre Lange og de øvrige sameierne skulle gis medhold, siden rehabiliteringen skjedde ved

¹⁵¹ Rt. 1983 s. 850.

¹⁵² Falkanger 2013 s. 365-367.

¹⁵³ Som i Rt. 1937 s. 158 og Rt. 1979 s. 1421.

¹⁵⁴ Avsnitt 33 og 46.

¹⁵⁵ Avsnitt 37.

små skritt over lang tid.¹⁵⁶ Det var dermed usikkert om i det hele tatt, og eventuelt når dette ble synlig for de øvrige sameierne i perioden 1992-2010.

Tidsmomentet er har stor betydning for både hevdsreglene og alders tids bruk, og dermed er det elementært at dette også må vektlegges betydelig ved passivitetstilfellene. I Sigdal-dommen la flertallet vekt på at kjøperne hadde vært i god tro i et langt tidsrom, hele 19 år etter at erververne hadde kjøpt tomtene.¹⁵⁷ I Øraker-dommen er det erververens innrettelse, i form av investeringer, som var avgjørende for spørsmålet om ekstinksjon. Hvis det er slik at investeringer er det avgjørende momentet ved vurderingen, kan det være vanskelig å se for seg at tiden som har gått kan gis betydning. Dermed har det liten betydning om investeringene blir gjort gradvis over 18 år eller om det skjer forholdsvis raskt etter at investeringene er gjennomførte.¹⁵⁸ Det samme gjelder når investeringene blir gjort etter at erververen har ervervet eiendommen. I praksis så skjer gjerne hytte- eller boligbygging raskt etter at man har ervervet tomten. Når investeringene alt er gjort, vil investeringshensynet uansett kunne gjøres gjeldende. Er det bevismessig lettere å avgjøre når det har gått lengre tid? Dette vil ikke ha betydning såfremt man kan bevise de investeringene som er gjort.

Riktignok har tidsmomentet allikevel en viss betydning. Drøftelsen består i hvor lang tid og i hvilken grad tiden kan ha relevans. Rettspraksis illustrerer at når det nærmer seg hevdstid siden investeringene har blitt gjort, kan det føre til at investeringene ikke nødvendigvis må være så kostbare som om hvis spørsmålet hadde kommet opp rett etter påbegynt rehabilitering.¹⁵⁹ I teorien har flere uttrykt at tiden må nærme seg hevdstid for at det skal bli aktuelt med passivitetsutløst tap.¹⁶⁰ Sammenholdt med investeringshensynet kan ikke være noe eksplisitt vilkår at det har gått lang tid.¹⁶¹ Investeringer kan skje svært raskt, uten at det er til hinder for passivitetsutløst rettstap dersom den rette eieren har hatt en klar oppfordring til å

¹⁵⁶ Avsnitt 53.

¹⁵⁷ Rt. 1992 s. 352 på s. 357.

¹⁵⁸ Berg 2005 s. 69.

¹⁵⁹ Rt. 1913 s. 646, der en malemester gikk til sak for å forlange at en negativ servitutt måtte følges og dermed gjenopprettes, selv om han ikke hadde foretatt noe i løpet av 10 år, og selv utført malingsarbeid i forbindelse av ombygning av boligen. Mindretallet mente han hadde forspilt sin rett på grunn av at han hadde latt det gå for langt. Brækhus og Hærem 1964 s. 618-619.

¹⁶⁰ Falkanger 2013 s. 324, Brækhus og Hærem 1964 s.619, Arnholm 1975 s. 270.

¹⁶¹ Berg 2005 s. 70.

gripe inn overfor erververen.¹⁶² Det er naturlig at jo lengre tid som har gått, desto større grunn kan det være til at passiviteten medfører tap. Allikevel er det nødvendigvis ikke alltid slik. Ervervshaveren kan investere mye på kort tid, ved at det bygges en høyblokk på villaklausulert tomt. I dag bygges eneboliger på 4-6 måneder, og en høyblokk kan bli oppført i løpet av et år. Ei hytte kan være fullstendig endret i løpet av noen måneder. Jo mer ervervshaveren har investert i løpet av kort tid, jo mer kreves det av den rette eier. Det kreves at opprinnelig eier jevnlig følger med på eiendommen og hytta. Det vil kreves mer av rette eier når Nilsen allerede hadde adgang til å rehabilitere hytta, siden det vil være vanskeligere å oppdage dette. Det er en uklar grense for når Nilsen har overtrådt sin mulighet til å rehabilitere hytta etter sameieloven.

Sånn sett var det vanskeligere for sameierne å se omfanget av rehabiliteringen i startfasen, og det er usikkert når de andre sameierne skulle forstått og forstod at Nilsen hadde overskredet sin sameierrett. Tiden som er gått er et moment som er en naturlig del av vurderingen, da det som oftest er slik at en del tid må ha passert for at passivitetsvurderingen skal oppstå.

Passivitet er avhengig av at noe tid har passert.¹⁶³ Sammenfattende må det ha gått noe tid siden ervervshaveren overtrer sin sameierrett, imidlertid jo større investeringer, jo tidligere kan passivitetsrettstap frembringes. I vårt tilfelle skjedde det over lang tid, i en liten skala. Sameiet bestod av flere familiegrener, og det var ikke alle som bodde i Molde kommune. Det er urimelig å pålegge de øvrige sameierne en oppfølging jevnlig. Samlet sett er det ikke mulig å operere med generelle tidsfrister, blant annet på grunn av at begrunnelsen bak passivitetsprinsippet er fleksible tidsrammer, sammenlignet med de lovfestede reglene på området.

4.4.5. Foretatte investeringer

4.4.5.1. Utgangspunktet

Fra et samfunnsmessig synspunkt vil man ikke at verdier skal gå tapt. I Fårøya-dommen legger flertallet vekt på dette momentet, og det er nærliggende å tro at dette var avgjørende for flertallets vurdering. Flertallet gir uttrykk for at jo større investering, jo mindre grunn til å gi opprinnelig eier retten. Nilsen har siden starten av 1990-tallet hatt ansvaret for alle utgifter, som forsikring og offentlige avgifter. Lagmannsretten uttaler at det var et ”omfattende og

¹⁶² Berg 2005 s. 71, også Brækhus og Hærem 1964 s. 619.

¹⁶³ Falkanger 2013 s. 324.

kostbart arbeid”¹⁶⁴ som Nilsen hadde utført på hytta. Flertallet bruker uttrykket ”gjennomgripende rehabiliteringsprosjekt”.¹⁶⁵ Flertallet konstaterer at Nilsens rehabiliteringsarbeid overskred hans rettigheter som sameier til å utbedre, og da uten øvrige sameiers samtykke.¹⁶⁶ Mindretallet antyder at dette ikke er avgjørende for vurderingen, og investeringshensynet blir ikke vektlagt.

Vinding Kruse har uttalt i en annen sammenheng at ”Jura er ikke blot økonomi: en hensynsløs krænkelse af næstens ret bliver ikke bedre, fordi derved kan tjenes penge.”¹⁶⁷ Dette begrunnes i produksjonshensyn, men også i rettsbeskyttelsesinteresser. Det betyr at selv om det er foretatt store økonomiske investeringer, så vil ikke det si at man automatisk overtar eiendomsretten. I så henseende kan hvem som helst bygge ut på en annen manns eiendom, og dermed hevde eiendomsrett over denne grunnen/tomta, og erverve en annen persons rettigheter. I Sigdal-dommen la flertallet til grunn at betydelige investeringer ved oppføringen av hyttene ble vektlagt i vurderingen. Investeringer på annen persons eiendom har betydning ved ekstinksjon. Flertallet anvender ordlyden ”store” investeringer.¹⁶⁸ Leser man både Øraker- og Sigdal-dommene i sammenheng kan det konkluderes med at det er et vilkår at erververen har gjort store investeringer i den omtvista eiendommen for at opphør av eiendomsrett kan skje.¹⁶⁹

Et annet moment er at bygningen var ikke egnet til bruk som fritidsbolig på begynnelsen av 1990-tallet. Det fremkommer av dommen at rent økonomisk ville det ha vært bedre å fjerne den gamle bygningen og oppføre en ny. I en erklæring fremstilt for tingretten ble det anført at råteskadene var store og at man til slutt ikke trengte nøkkel for å komme inn; hytta var såpass falleferdig.¹⁷⁰ Når det gjelder hvor store investeringer det er snakk om, så må man kreve at utskillelsen av investeringene ikke kan skje uten ”for stor skade og kostnad”, jf. prinsippet i hendl. § 8 første ledd første punktum.¹⁷¹ Det er vanskelig å si noe konkret om hvor store investeringer som må til, men ordlyden ”store” investeringer går igjen i både Sigdal- og

¹⁶⁴ Avsnitt 38.

¹⁶⁵ Avsnitt 38.

¹⁶⁶ Sameielovens § 8, jf. § 9, dommens avsnitt 39.

¹⁶⁷ Vinding Kruse 1929 s. 410.

¹⁶⁸ Rt. 1992 s. 352, s. 361.

¹⁶⁹ Berg 2005 s. 68, Berg og Harborg 2003 s. 334.

¹⁷⁰ TROMS-2013-196772.

¹⁷¹ Lov 10.april 1969 nr. 17 om hendelege eieendomshøve.

Øraker-dommene. I Fårøya-dommen er det ikke mulig å skille investeringene som har blitt gjort.

I Øraker-dommen hadde det heller ikke blitt gjort noen investeringer, ei heller opparbeiding.¹⁷² Det at det er foretatt store investeringer, kan oppfattes som et minstevilkår for ulovfestet ekstinksjon ved passivitet over tid.¹⁷³ Dette er i tråd med forarbeidene til hevdsløven, der klanderverdig passivitet kan forstås som at den rette eieren holder seg passiv til tross for kunnskap om tiltak av erververen sin side som ikke kan omgjøres uten verditap.

”En rette bruker har en rett uten å vite det, og at han lett kunne ha fått kjennskap til retten[uten at det må foreligge uaktsomhet].”¹⁷⁴ Videre må noen sitte i en eierposisjon og innrette seg som om han har rett, pådra seg investeringskostnader. Det vil være et moment for ulovfestet ekstinksjon hvis det er kontakt mellom partene uten at spørsmålet kommer opp. Problemstillingen er om dette må tillegges mer vekt enn andre momenter i den konkrete vurderingen. Dette vil bli omtalt i del 5.

4.4.5.2. Oppsummering

Passiviteten som fører til rettstap for den rette eieren må bestå i at personen, uavhengig om man gir en oppfordring til erververen for å gjøre en kjent med de egentlige rettsforholdene, holder seg passiv i en periode der erververen gjør investeringer på det senere omtvistete arealet. Hvis investeringene er betydelige, slik de ofte er når man bygger hytte eller hus, så må en slik passivitet kunne føre til rettstap umiddelbart etter at investeringene er gjennomførte. Drøftelsen må heller bestå i hvor langt man har kommet i investeringene. Økonomiske utgifter til plantegning er ikke det samme som når et hus står ferdig oppført.

I dag bygges eneboliger på 4-6 måneder, og en høyblokk kan bli oppført i løpet av et år. I praksis fører dette ofte til en mellomløsning. Blokk må ikke rives, mot at det må betales erstatning til den passive parten. Det fører til at den faktiske rettstilstanden opprettholdes, og eiendomsretten overføres. Investeringshensynet kan vektlegges i større grad, enn tidligere, da også den psykiske innrettelsen vil kunne ha betydning i vurderingen.¹⁷⁵ Sammenholdt med

¹⁷² Rt. 2000 s. 604 på s. 609.

¹⁷³ Berg og Harborg 2003 s. 333-334.

¹⁷⁴ Stavang 2011 s. 64.

¹⁷⁵ Lund 2016 s. 454-455.

tidsmomentet kan det få stor betydningen for konklusjonen. Nilsen hadde innrettet seg både psykisk og fysisk i henhold til eneeiendomsretten.

4.4.6. Hensynet til rimelig løsning der de faktiske forholdene utvikler seg ganske annerledes enn de rettslige utgangspunktene skulle tilsi

Flertallet uttaler at det ville det vært direkte urimelig om de som ikke har deltatt i verdiskapningen skal høste halvparten av de verdier som Nilsen har skapt. Samtidig må det vurderes om det er et rimelig resultat når sameieloven gir flere muligheter for å ordne opp i slike forhold. Mindretallet synes imidlertid at det ikke er rimelig at Nilsen skal få full eiendomsrett. Se 5.2.

4.4.7. Andre hensyn

Grunnen er i sameie, og hytta, ifølge mindretallet, okkuperer den mest gunstige plasseringen på eiendommen. Tomta alene ble taksert til 650.000,-, mens hele eiendommen med både hytta og annekset inkludert, ble vurdert til 2,5-3 millioner.¹⁷⁶ Videre er det usikkert om det kan påregnes tillatelse til ytterligere hyttebygninger på den. Hvis en av de øvrige sameierne en dag blir lottomillionær, så vil ikke denne sameieren ha adgang til å bygge på eiendommen. I dommen blir det praktisert en først i tid, best i rett-tankegang. Den første som investerer vinner retten til hytta, og da også tomta. Det vil være urimelig for de andre partene, og i minste fall upraktisk. Grunnen kan trolig ikke bygges ut av de andre sameierne.

Sameiet bestod også av familiegrenser i Fårøya-dommen. Arnholm uttaler at "[i] familieforhold og arveforhold er det ikke alltid ønskelig at en rett håndheves punktlig og til ytterste konsekvens – men da må den langmodige ikke risikere at man faller over ham og erklærer hans rett tapt ved passivitet."¹⁷⁷ Dette handler først og fremst om relasjoner i familieretten. Allikevel kan dette ha betydning da man i større grad ønsker å komme fram til en løsning som omfatter begge parter vilje. I Fårøya-dommen er ikke dette vektlagt.

¹⁷⁶ TROMS-2013-196772.

¹⁷⁷ Arnholm 1975 s. 89.

DEL 5. Rettspolitisk vurdering

5.1 De lege ferenda; hvem bør ha best rett?

Bak bortfall av eiendomsrett og erverv av rettigheter ved passivitet ligger hensynet til opprettholdelse av status quo. Målet er å opprettholde tilstanden slik den er for en som innretter seg i den tro at man har en rettighet, og denne personen kan rammes hardt hvis den opprinnelige eier i lengre tid ikke har gjort gjeldende sin rett, enn den ikke rammes like hardt som den som har innrettet seg. Siden både flertallet og mindretallet er enige om at det skal foretas en konkret helhetsvurdering, så uttaler Asland at prejudikatsvirkningen av saken ”[neppe].. så sterk.”¹⁷⁸ Dommen er aktuell fordi Høyesterett med dette forskyver det tradisjonelle synspunktet for når sameierrettigheter anses bortfalt, og det skal mindre til for at rettstap skjer ved passivitet.

Dommen angir tilsynelatende at flere momenter og eventuelt andre momenter enn tidligere også kan vektlegges ved vurderingen av om det foreligger sterke grunner. Det må nok legges til grunn at dommen har forskjøvet grensene for passivitetsutløste rettstap i favør av den aktive part og i disfavør av den passive.¹⁷⁹ I denne saken er det balansen mellom private parter som vurderes. Begge partene har det samme utgangspunktet, og også flere av de samme hensynene kan gjøres gjeldende for hver av partene. Ved en slik vurdering er det verken miljøhensyn eller samfunnshensyn som kan gjøre seg gjeldende. Slik det framkommer av Fårøya-dommen, har flertallet latt investeringshensynet få avgjørende vekt. Hvilken betydning har dette mellom to private parter? Sann sett er det jo best for samfunnet at hytta blir stående, siden investeringen allerede er gjort. Begge partene ønsket å vinne, den ene basert rettferdighetshensyn, den andre på investeringshensyn. Ingen av partene skiller seg ut, da de begge ikke har ivaretatt sine rettigheter. Slik sett står tvisten om hvem som har mest å tape på det, som er Nilsen.

Som nevnt tidligere, er saken er prinsipielt viktig, da den er avklarende for hvilke momenter som er relevante og sier noe om selve terskelen for å miste rettigheter ved passivitet. Hva blir så konsekvensene av dommen? Det er klart at tomte er attraktiv, og at arvingene kan tape stor fortjeneste ved et eventuelt salg av tomte. Kåre Lange og de øvrige sameierne

¹⁷⁸ Asland 2009 s. 70-71.

¹⁷⁹ Asland 2016-1.

ønsket å selge, slik det fremgår i dommen.¹⁸⁰ Jo mer verdier det er snakk om, jo mindre grunn er det til å okkupere grunnen. Det er lettere å tape en rett av mindre verdi, enn når det er snakk om store verdier. Tomtegrunnen var muligens verdiløs for de resterende sameierne når hytta innehar den mest gunstige plassen på tomta.¹⁸¹ Som nevnt var tomta alene taksert til 650.000,-.¹⁸² En annet problemstilling er om en av de andre sameierne ønsket å bygge på grunnen, som nevnt. Rent praktisk er dette vanskelig, og vil ta fra sameierne muligheten til å realisere verdier på tomta, noe som igjen betyr at de vil være i et sameie uten økonomisk framtid.

Selve sameiesituasjonen er spesiell. Utgangspunktet er sameielova § 3; enhver av sameierne har rett til å bruke sameietingen til det den er vanligvis brukt til, og til annet som passer med tiden og forholdene ellers. Ingen må bruke tingen i større utstrekning enn det som tilsvarer hans del. Den enkelte sameier kan kreve sameiet oppløst, jf. sameieloven § 15, med mindre noe annet er avtalt, siden sameieloven er deklatorisk. Det kan stilles spørsmål om det er behov for endringer i sameieloven slik den foreligger nå i dag. I det siste har flere sameietvister gått hele veien til Høyesterett, og mest sannsynlig ser det ut som at de ikke blir de siste.¹⁸³ Det var jo et tidsspørsmål om når det ville skjære seg, med såpass mange generasjonsgreiner og ulike parter. Det er ofte slik i et sameie, at det er snakk om hytter eller båter som går over flere generasjoner, og man finner ingen løsning. Det er nettopp derfor lovgiver har etablert løsninger i sameieloven, slik at man unngår at tvister skjer mellom mange sameieparter.

Det er slik at en sameier kan hevde seg til å bli eneeier.¹⁸⁴ Ved hevd fra sameie er vurderinga etter hevdsloven § 5, og vurderinga av eksklusiv bruk under hevdslova § 2; bruke tingen som sin egen 20 år sammenhengende, er i stor grad sammenfallende. Eksklusivitetsvurderingen etter hevdsloven § 2 er egentlig en vurdering av den rette eiers bruk, mens vurderinga etter hevdsloven § 5 retter seg mot hevdhaverens bruk og rettsoverskridelse. Det finnes ikke noe rettspraksis som entydig definerer kravet til rettsoverskriding ved hevd fra sameie til eneeie, men relasjonen til hevdsloven § 2 gjør nok kravet strengere i praksis.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Se pkt. 1.2.

¹⁸¹ Avsnitt 54.

¹⁸² TROMS-2013-196772.

¹⁸³ HR-2016-386-A.

¹⁸⁴ Rt. 1968 s. 1202.

¹⁸⁵ Berg 2005 s. 305.

En dom fra Gulating lagmannsrett illustrerer dette.¹⁸⁶ Dommeren utaler at det ”skal svært mye til for at en sameiepart skal kunne hevde den andres ideelle andel”, selv om dette ikke kan anvendes mer som en retningslinje for vår sak.¹⁸⁷ I dommen kunne ingen av partene føre bevis for bruk av den omtvistede holmen, og den hevdende parten hadde heller ikke ført bevis for god tro. Dette førte til at hevdsvilkårene ikke var oppfylte.

Nylig ble en annen sak om oppløsning av hyttesameie fremmet i øverste instans.¹⁸⁸ En sameieavtale som gjald ti hyttesameiere inneholdt forkjøpsrett for øvrige sameiere hvis en sameier ville selge, og om salg av hele eiendommen på det åpne marked hvis ingen av sameierne ville kjøpe andelen. Høyesterett kom her fram til at avtalen ikke innebar at sameierne hadde gitt avkall på oppløsningsretten etter sameieloven § 15, som gir adgang til at enhver sameier kan kreve sameiet oppløst. Det må foreligge klare holdepunkter i avtalen hvis lovens deklatoriske hovedregel om oppløsning er fraveket. Dette illustrerer som ved Fårøya-dommen at det er nødvendig med klare avtaler, og med klare avtaler ville slike tvister vært unngått.

Et annet moment er at sameiehytta i Fårøya-dommen er i et landbruk-, natur- og friluftsområde og noe som medfører en del begrensninger i endring og oppføring av ei ny hytte.¹⁸⁹ Friluftslivet i dette området er dominerende, og det skal tas hensyn til på Fårøya der sameiehytta ligger, i følge kommuneplanen. Hytta ligger også i 100-meters beltet langs sjøen, i den såkalte strandsonen.¹⁹⁰ Dette taler for at adgangen til å føre opp ei helt ny hytte, er snever. Dette peker i retning av at Nilsen har banet seg fram på eiendommen, og overtrådt sin sameierett, siden dette er griper inn i de øvrige sameierens adgang til å oppføre en eventuell ny hytte.

Imidlertid er Nilsen i mindretall, med en sameiepart på ½. Noe som betyr at det er større grunn til å pålegge aktivitetsplikt på de resterende sameierne. Kåre Lange og de øvrige 8

¹⁸⁶ LG-1998-01332.

¹⁸⁷ LG-1998-01332.

¹⁸⁸ HR-2016-386-A.

¹⁸⁹ Plan- og bygningsl. § 11-7 pkt. 5. Kjent som et LNF-område, et areal som i det vesentlige skal være ubebygget. <http://tema.webatlas.no/molde/Planinnsyn>

¹⁹⁰ Plan- og bygningsloven § 1-8 første ledd, jf. § 1-6 første ledd. I avsnitt 5 fremgår det at hytta lå 30 meter fra sjøen.

sameierne var samlet om anken. Relasjonene vil være ulik ved ulike sameiegrener, og en kumulasjon av den ene parten kan være negativt. I utgangspunktet er det en objektiv vurdering basert på uaktsomhet og god tro, og alder vil da ikke ha betydning. Allikevel vil man av en senil oldemor på 90 år som har vært på eldrehjemmet de siste 20 årene forvente mindre aktivitetsplikt av.

Av innledningen er det klart at prinsippet om tap av eiendomsrett ved passivitet er skjønnsmessig og må baseres på en konkret helhetsvurdering. Det er fortsatt slik at det kreves sterke grunner for å anse eiendomsrett i fast eiendom for bortfalt, selv om terskelen virker noe lavere enn det som tidligere har vært tradisjonelt antatt. Dette viser igjen hvor viktig det er med klare avtaler om hvilke konsekvenser en sameieparts påkostninger skal få for de øvrige sameierne før rehabilitering av en falleferdig hytte skjer, og da særlig der det kun er en eller noen av sameiepartene som benytter eiendommen.

Oppsummert betyr dette at tap av eiendomsrett kan skje selv om det verken foreligger full hevdstid, god tro eller at rette eier har utvist klanderverdig passivitet. Har Høyesterett svekket hevdsinstituttet ytterligere ved å ikke kreve god tro? Hva er konsekvensene av å få retten til å ekstingvere uten god tro? God tro-momentet er tydeligvis ikke blitt tilstrekkelig vektlagt. Investeringen som Nilsen har gjort, står mye sterkere enn rettferdighetshensyn, slik flertallet ser det. Det rimelige vil da være at Nilsen får full eiendomsrett, selv om han var i ond tro hele veien.

Mindretallets resonnement vil tale best for seg da man tidligere ville tro at det skal mer til for å akseptere rettstap ved passivitet, og domspremissene til flertallet ikke taler nok for seg. Dommerens ulike vekt på god tro-kravet og investeringshensynet er et steg nærmere danske og svenske hevdsregler, men et skritt lengre unna lovgiverens intensjon bak hevdsreglene. Det skaper koherens i skandinavisk rett, samtidig som at hevdsinstituttet slik det tradisjonelt har stått, ikke er like stødig lengre. Dette fører nok til at den passive part står svakere i framtidige hyttetvister. Høyesterett har muligens knesatt et syn på eiendomsretten som har større gjenklang hos hyttefolk enn hos fastboende.

Et interessant spørsmål er om hvordan utfallet av tvisten hadde vært underlagt offentlig rett. I offentlig rett blir ulovlig bygging slått hardt ned på av rettspraksis. Som nevnt tidligere, er det investeringer som er det tungtveiende momentet for flertallet. I rettspraksis blir ulovlig

bygging etter pbl. § 32-9 i offentlig rett ikke godtatt.¹⁹¹ Retting er hovedregelen ved ulovlig bygging i offentlig rett.

Tidligere rettspraksis illustrerer at dette inneholder de samme begrunnelsene som ved et naboforhold.¹⁹² En utbygger skal ikke erverve eiendomsrett ved å bygge på annen persons eiendom, og også la bygget bli stående. Ei skal heller ikke en boligeier bygge på naboens eiendom. Etter granneloven § 11 kan en nabo i utgangspunktet kreve retting, men etter omstendighetene kan bygget få bli stående, mot at det ytes vederlag til naboen.¹⁹³ Det er imidlertid ikke ofte at kommunen har ressurser til å slå ned på ulovlig bygging. Hensynene bak jordskifteloven er overførbart til hyttesameier.¹⁹⁴ Formålet med jordskifte er det å skape mer tjenlige eiendommer for eierne og brukerne.¹⁹⁵

Loven gir adgang til bytte av areal, løsning av tvister og opprydding av uklare og utjenlige eierforhold i realsameier.¹⁹⁶ Formålet er å oppnå en ”privat og samfunnsmessig gevinst fordi høvelege grenser og klare og ryddige eigar- og brukartilhøve legg bedre til rette for rasjonell drift, auka lønsemd og verdiskaping knytt til grunnareala. Konfliktpotensialet knytt til fast eigedom, blir òg redusert.”¹⁹⁷

Poenget er at hvis samme problemstilling hadde oppstått, underlagt den offentlig retten, hadde utfallet blitt annerledes. Nilsen ville ikke fått eneeiendomsrett, og de øvrige sameierne ville kunne krevet retting, og i minste fall erstatning. Er hensynene bak ulovlig bygging i den offentlige retten og jordskifteloven overførbart til den private retten?

5.2 En konkret vurdering- rettslig standard eller egentlig rettsregel?

Jensen oppsummerte sin artikkel om at passivitetsprinsippet er i en gråsone mellom rettslig standard og egentlige rettsregler, og begrunner dette med at:

¹⁹¹ Se fotnote 95.

¹⁹² Granneloven § 11, jf. § 10. RG 1955 s. 111, RG 1974 s. 38 og RG 1994 s. 582.

¹⁹³ Granneloven § 10.

¹⁹⁴ Prop. 101 L (2012-2013) Lov om fastsetjing og endring av eigedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m. (jordskiftelova).

¹⁹⁵ Prop. 101 L (2012-2013) s. 41

¹⁹⁶ Jordskifteloven § 1.

¹⁹⁷ Prop. 101 L (2012-2013) s. 41.

”[S]elvom passivitetsgrundsætningen er en delvist skønspræget regel, der ikke kan anvendes mekanisk, så synes det dog tvivlsomt, om der er tale om en egentlig retlig standard. Selvom god tro ikke er et entydigt begreb, så synes det alligevel at have mere indholdsmæssig substans end de god skik- eller rimelighedsbegreber, som indgår i de traditionelle retlige standarder. At betragte alle regler indeholdende et god tro-kriterium som retlige standarder synes endvidere at være at gå for vidt. Som følge af dens skønsmæssige præg er passivitetsgrundsætningen dog heller ikke en egentlig retsregel.”¹⁹⁸

Som nevnt var Nilsen hele tiden klar over at hytta var en del av sameiet, og det betyr at han helt fra starten av var i ond tro. Har Høyesterett beveget seg fra å vektlegge god tro, til å gi rimelighetsbetraktninger større relevans i den konkrete vurderingen ved drøftelsen av passivitetsprinsippet? I så fall stemmer dette overens med Jensens sitat om at passivitetsprinsippet ikke kan anses som en rettslig standard, men heller som en mellomløsning mellom rettslig standard og rettsregel.

¹⁹⁸ Jensen 2009 s. 3.

DEL 6. Litteraturliste

6.1 Litteratur

- Andersen, Mads Bryde, *Grundlæggende aftaleret*, 4.utg., 2013.
- Arnholm, Carl Jacob, *Passivitetsvirkninger: Et bidrag til læren om de rettsstiftende kjensgjerninger*, Oslo, 1932.
- Arnholm, Carl Jacob, *Tre utsnitt av den almindelige privatrett*, 1.utg., Oslo, 1975.
- Asland, John, "Passivitet som bortfallsgrunn for forpliktelser og ervervsgrunn for rettigheter i familie- og arveretten", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2009 s. 70-102.
- Asland, John, "Passivitetsutløst bortfall av sameierett i hytte: Rt. 2015 s. 1157", *Nytt i Privatretten*, Nr.1, 2016.
- Beckman, Lars K., Mauritz Bäärnhielm, Joakim Cederlöf, Erik Gerleman mfl., *Jordabalken: En kommentar till JB och anslutande förfatningar*, 2.utg., Stockholm, 2012.
- Berg, Borgar Høgetveit, *Hevd: Lov om hevd 9.desember 1966 nr.1 med kommentarer*, Oslo, 2005.
- Berg, Borgar Høgetveit og Henning Harborg, "Ulovfestet ekstinksjon av fast eiendom", *Jussens venner*, 2003 nr. 5 s. 312-339.
- Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss: juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo, 2010.
- Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo, 1964.
- Cervin, Ulf, *Om passivitet inom civilrätten*, Lund, 1960.
- Eriksen, Gunnar, "Fremveksten av kravet om god tro ved hevd og alders tids bruk i norsk rett", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2003, s.79-128.
- Eriksen, Gunnar, *Alders tids bruk*, 1.utg., Tromsø, 2008.
- Eriksen, Gunnar, "Mothevd og frihevd", *Jussens venner*, 2010, s. 204-217.
- Eriksen, Gunnar, "Foreldelse, hevd og alders tids bruk", *Natur, rett, historie, Studies in Legal History* no. 5 s. 53-78. Akademisk Publisering, Oslo, 2013.
- Falkanger, Thor, *Fast eiendoms rettsforhold*, 4.utg., 2011.
- Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7.utg., 2013.
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2.utg., Oslo, 2011.
- Hessler, Henrik, *Nya jordabalken: kap 16 och 18: hävd och godtrosförvärv*,

1983.

- Jensen, Camilla Hørby, *Retsfortabende passivitet: Hvorfor, hvordan, hvornår?* 2007.
- Jensen, Camilla Hørby, "Passivitetsgrundsætningen: retlig standard eller egentlig retsregel?" *Ugeskrift for retsvæsen U.2009B.203*, Syddansk Universitet, 2009.
- Knoph, Ragnar, *Rettslige standarder: særlig Grunnlovens § 97*, 1939, opptrykk 1948.
- Kruse, Fredrik Vinding, *Ejendomsretten 1 og 2 Del*, 1929.
- Lilleholt, Kåre, "Ulovfesta ekstinksjon: Norske Fjellhus- og Sigdal-dommane, *Jussens venner*, 1994 s. 279-290.
- Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett: fleire rettar til samme formuesgode*, 1.utg., 2012.
- Lund, Maria Veia, *Passivitet: Binding og rettstap som ulovfesta passivitetsverknader*, Bergen, 2016
- Munk-Hansen, Carsten, *Fast eiendom III: Ejerbeføyelsen*, København, 1. utg, 2015.
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Bergen, 1999.
- Ravnkilde, Jens, *Passivitet: det utilsigtede løfte om ikke-brug af ret*, 2.utg., København, 2013.
- Scheel, Herman, *Forelæsninger over norsk tingsret*, 1912.
- Skag, Miriam, «Adgangen til å supplere foreldelsesloven med ulovfestede passivitetsregler», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011 s. 523-564.
- Stavang, Endre, *Opphør av servitutter*, 1.utg., 2011.
- Victorin, Anders og Richard Hager, *Allmän fastighetsrätt*, 6. utg., Uppsala, 2011.

6.2 Lover

- Granneloven 27.april 1887, opphevet.
- Lov 31.mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
- Lov 7.juni 1935 nr. 2 om tinglysning (tinglysningsloven)
- Lov 16.juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (granneloven)
- Lov 18.juni 1965 om sameige (sameieloven)

- Lov 9.desember 1966 om hevd (hevdsloven)
- Lov 29.november 1968 nr. um særlege råderettar over framand eiendom (servituttløven)
- Lov 10.april 1969 nr. 17 om hendelege eigedomshøve (hendløven)
- Lov 3.mars 1972 nr. 5 om arv (arveløva)
- Lov 18.mai 1979 om foreldelse av fordringer (foreldelsesløven)
- Lov 8.juni 1984 om fordringshaverens dekningsrett (dekningsløven)
- Lov 27.juni 2008 nr.71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsløven)
- Lov 21.juni 2013 om fastsetjing og endring av eigedoms-og rettshøve på fast eigedom m.m. (jordskifteløven)

Utenlandske lover

- Danske lov af 15.april 1683(DL)
- Jordabalk (1970:994) av 17.desember 1970
- Bekendtgørelse nr. 1075 af lov om tinglysning af 30. September 2014(tinglysningsløven)

6.3 Forarbeider

- NUT 1961:1 Rådsegn 6 – Om hevd.
- Prop. 101 L (2012-2013) Lov om fastsetjing og endring av eigedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m. (jordskifteløva).

6.4 Rettspraksis

- Rt. 1893 s. 481
- Rt. 1902 s. 641
- Rt. 1913 s. 646
- Rt. 1917 s. 193
- Rt. 1914 s. 692
- Rt. 1928 s. 317
- Rt. 1937 s. 158

- Rt. 1953 s. 1345
- Rt. 1956 s. 271
- RG. 1955 s. 111
- U1961.803.H (DK)
- Rt. 1968 s. 1202
- Rt. 1971 s. 171
- RG. 1974 s. 38
- Rt. 1979 s. 1421
- Rt. 1983 s. 569
- Rt. 1983 s. 850 Hidra
- Gulating lagmannsrett, dom avsagt 31.05.1985
- LE-1989-160
- Rt. 1992 s. 352 Sigdal
- RG. 1994 s. 582
- Rt. 1995 s. 904 Gjensidige
- Rt. 1997 s. 1929
- LG-1998-01332
- Rt. 2000 s. 604 Øraker
- Rt. 2001 s. 769
- Rt. 2001 s. 1229
- RG 2006 s. 1442
- Rt. 2008 s. 362 Naturbetong
- Rt. 2009 s. 203
- Rt. 2011 s. 10
- RG-2013-1596
- LH-2013-209815
- LF-2014-139795
- TROMS-2013-196772

- Rt. 2015 s. 1157
- HR-2016-386-A

6.5 Nettsider

- Molde kommune, *Kommuneplan*, <http://tema.webatlas.no/molde/Planinnsyn> (Sjekket 21.mai 2016).